

Pécule et Capacité Patrimoniale

Etude sur le pécule, dit profectice,
depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin
de l'époque classique

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT

PAR

Gabriel MICOLIER

Avocat

Lauréat de la Faculté de Droit de Lyon



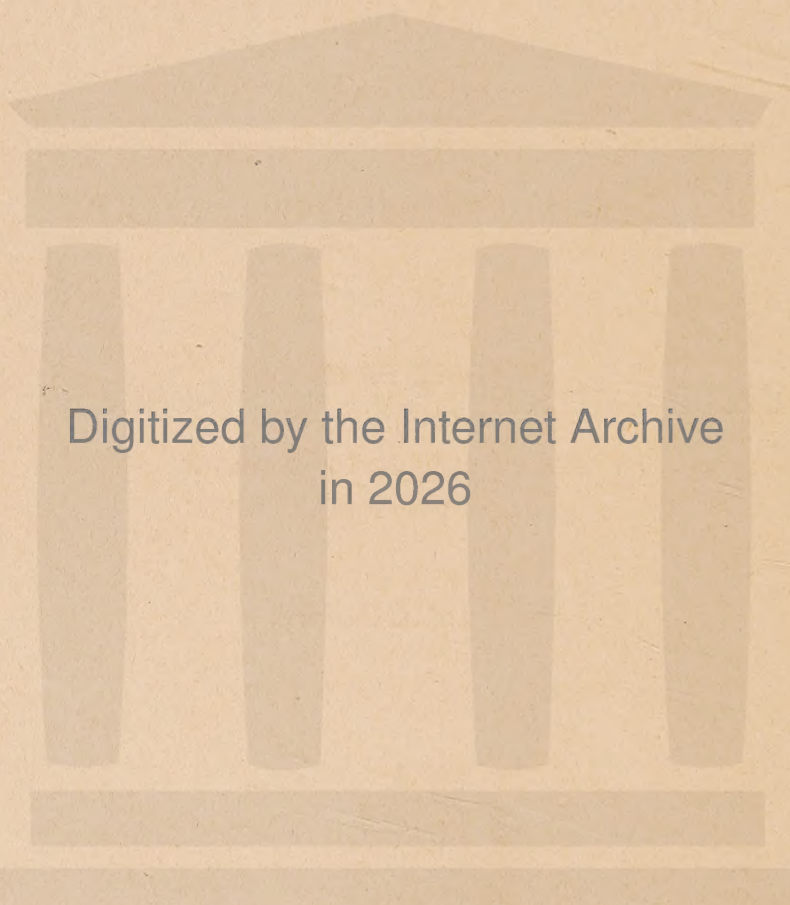
LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

1932

PÉCULE ET CAPACITÉ PATRIMONIALE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Pécule et Capacité Patrimoniale

Etude sur le pécule, dit profectice,
depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin
de l'époque classique

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT

PAR

Gabriel MICOLIER

Avocat

Lauréat de la Faculté de Droit de Lyon



LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

1932

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires

MM. APPLETON (Charles), *, ✎.
APPLETON (Jean), O. *, ✎, ✎ I.
PIC (Paul), O. *, ✎ I.

Professeurs

MM. JOSSERAND O. *, ✎, I., Doyen, Professeur de *Droit civil*.
LAMBERT, *, ✎ I., Professeur de *Droit comparé*.
LAMEIRE, *, ✎ I., Professeur de *Droit constitutionnel*.
LÉVY, *, ✎ I., Professeur de *Droit civil*.
GONNARD, ✎, ✎ I., Professeur de *Economie politique*.
ANTONELLI, *, ✎, ✎ I., Professeur de *Histoire des doctrines économiques*.
PERROUD, ✎, ✎ I., Professeur de *Procédure civile*.
COHENDY (Georges), ✎ I., Professeur de *Droit commercial général*.
GARRAUD (Pierre), ✎, ✎, Professeur de *Droit criminel*.
ROUBIER, ✎, Professeur de *Droit civil*.
FALLETI, Professeur de *Droit Romain*.
LAMBERT (Jacques), Professeur chargé des institutions internationales de la Paix.
DE LAPLANCHE, Professeur d'*Histoire de Droit*.
NICOLAS, ✎ I., Professeur de *Droit administratif*.
PHILIP, Professeur de *Science financière et de Législation française des Finances*.
de *Finances*.

Agrégé

M. PERROUX (François), chargé d'un cours d'*Economie politique*.

Chargé de cours

M. CONDOMINE, ✎ I., *Droit civil* (Capacité, 2^e année).

Secrétariat

M. DUBROCA, ✎ A., secrétaire.



MEMBRES DU JURY

M. FALLETTI, Professeur à la Faculté de Droit, *président*.
M. BOYER, Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse }
M. LAMBERT Edouard, Professeur à la Faculté de Droit. } *assesseurs*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PÉCULE ET CAPACITÉ PATRIMONIALE

Préface

L'étude du pécule, ce témoin d'une civilisation passée, présente, au point de vue purement historique, un intérêt incontestable. Elle n'est pas, en outre, sans utilité pour l'interprétation du droit contemporain. L'institution du pécule, qui domine dans la Glose la doctrine de l'*universitas juris* et la distinction devenue traditionnelle entre les *universitates juris* et *facti*, révèle assez nettement la conception romaine du patrimoine. Or, c'est du droit romain que s'inspirent la théorie classique française du patrimoine et celles des Pandectistes.

Nous avons voulu ne traiter la matière très vaste du pécule, dit profectice, que sous un angle particulier, mais sans négliger les divers intérêts qui s'attachent à l'étude de cette institution. Sous le titre « Pécule et capacité patrimoniale » nous avons envisagé le côté personnel du pécule, ses contrecoups sur la situation juridique des personnes *in potestate* dans le domaine des affaires.

Cette étude nous a conduit à préciser dans ses grandes lignes la théorie romaine du patrimoine et à

la confronter avec les conceptions modernes. Mais surtout, c'est au point de vue auquel nous nous sommes placé que le pécule présente son plus grand intérêt historique, puisque cette institution trouve sa raison d'être dans une opposition entre l'organisation sociale et familiale romaine, les principes qui fixent la situation juridique des personnes en puissance et les nécessités de la vie courante. Aussi, avons-nous étudié le pécule en considération de son but et nous sommes-nous efforcé d'interpréter les solutions de la jurisprudence romaine à la lumière des faits qui les motivèrent.

Nous avons été aidé dans l'élaboration de cet ouvrage par des Professeurs auxquels nous exprimons respectueusement ici toute notre gratitude.

M. Boyer, après nous avoir guidé dans le choix délicat d'un sujet, a bien voulu accepter la direction de ce travail. Son assistance particulièrement utile nous a maintes fois permis de vaincre les difficultés que soulève l'étude des textes relatifs au pécule.

Nous devons aussi adresser nos remerciements à M. Falletti pour les indications et les conseils si précieux qu'il nous a souvent donnés dans l'achèvement de cet ouvrage.

Qu'il nous soit enfin permis d'exprimer notre reconnaissance, pour l'aide bienveillante qu'ils nous ont accordée, à MM. Fliniaux, Edouard Lambert, Levet et de Laplanche.

Introduction

Une règle très ancienne du droit romain, mais encore en pleine vigueur à l'époque classique, dispose que les personnes *alieno juri subjectæ* ne peuvent avoir aucun bien. Et cependant, nous voyons de bonne heure les esclaves et les fils de famille prendre part à la vie des affaires pour leur propre compte comme s'ils n'étaient frappés d'aucune incapacité patrimoniale. Il en est ainsi grâce au pécule : masse de biens, appartenant sans doute au *paterfamilias*, mais dont l'usage est laissé à l'*in potestate* et qui apparaît, au moins en fait, comme son patrimoine (1).

On peut dès lors se demander si une institution, qui conduisait pratiquement à de semblables résultats, se conciliait parfaitement avec le principe de l'incapacité patrimoniale des personnes en puissance, ou bien si elle n'a pas été plutôt le moyen de tourner un principe que toutes les traditions romaines ne permettaient pas de combattre directement. Tel va être l'objet de nos recherches.

(1) C'est à dessein que nous ne donnons pas au début de ce travail une définition plus précise du pécule. Cette institution a plusieurs fois changé d'aspect; une définition plus précise ne serait exacte que pour une époque déterminée.

La question ne peut être posée que relativement aux esclaves et aux fils de famille, les seuls individus à l'occasion desquels le droit du pécule est étudié dans les sources (2).

(2) Les juriconsultes classiques, dans les textes qui nous sont parvenus, n'étudiaient pas le droit du pécule relativement aux femmes *in manu* et aux fils *in mancipio*. Ce fait, joint à l'insuffisance des textes littéraires sur la question de savoir si ces personnes bénéficiaient de concessions de pécule de la part de leur *paterfamilias*, pourrait laisser croire que le pécule était l'apanage exclusif des esclaves et des fils de famille.

Le problème se présente sous un double aspect : 1° les femmes *in manu* et les fils *in mancipio* pouvaient-ils avoir un pécule ? 2° Était-il en usage de leur en concéder un ?

Nous ne voyons pas pour quelle raison il n'aurait pas été permis aux *paterfamilias* de laisser des biens en pécule à leur femme *in manu* ou aux individus qu'ils avaient acquis *in mancipio*. Tout au plus pourrait-on penser que le préteur, dans l'édit sur l'action de *peculio*, n'avait pas appelé au bénéfice de sa réforme les femmes *in manu* et les fils *in mancipio* (en ce sens Schmidt das Hauskind *in mancipio*, p. 20 suiv.; en sens contraire v. Lenel Edit., trad. Peltier, t. II, p. 320; Edictum Perpetuum, p. 275; Dessertheaux, Etudes sur les effets de la *capitis Deminutio*, t. I, p. 283 suiv.). Cela est-il exact ?

L'édit promet l'action en raison des *negotia* des personnes *in potestate*. Quelles sont donc les personnes *in potestate* ?

Gaius nous donne la réponse pour le droit de son temps. Le juriconsulte, après avoir étudié au début de son Commentaire I la *summa divisio personarum*, celle faite entre les *liberi* et les *servi*, ajoute aux §§ 48 et 49 de ce même Commentaire : « (§ 48) Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri subjectae sunt. (§ 49) Rursus earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt ». Les personnes *in manu* et *in mancipio* ne sont donc point pour Gaius *in potestate*. La doctrine du juriconsulte est confirmée dans la suite du Commentaire. Au § 51 Gaius pose cette question : « Ac prius dispiciamus de iis qui in aliena potestate sunt ». Il n'indique comme étant *in potestate* que les esclaves et les fils. Il nous dit au § 52 : « In potestate itaque sunt servi dominorum » et au § 55 : « Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos justis nuptiis procreavimus » ; puis, il passe à l'étude des personnes *in manu* et *in mancipio* (§ 108 : « Nunc de his personis videamus quae in manu nostra sunt » — § 116 : « Superest ut exponamus, quae personae in mancipio sint »).

Mais le mot *potestas* avait-il déjà au moment de l'édit sur l'action de *peculio* le sens restreint que lui donne Gaius ? Il semble bien que non. Ulpien nous indique le sens du mot *potestas* au livre 29 de ses *libri ad Edictum*, plus spécialement dans la partie de ce livre où il commentait l'édit sur l'action *tributoria* et relativement aux mots : « *Eo in cuius potestate erit* » (V. Lenel Palingenesia, t. 2, p. 591, n. 53. L'édit parlait d'une manière générale de la personne *in potestate*, de celui qui avait la *potestas*. V. Lenel,

La question également ne se pose qu'après l'édit sur l'action *de peculio*. Avant la réforme prétorienne, le droit, sans doute, avait eu à s'occuper du pécule. Mais l'institution ne prit toute son importance que lorsque le préteur eut fait des *res peculiares* le gage des tiers qui avaient traité avec l'*in potestate*. Le pécule

Edit., trad. Peltier, t. 2, p. 314, suiv.). Ce texte constitue au Digeste le fragment 1/4 du livre 14, titre 4. Nous y lisons : « Potestatis verbum ad omnem sexum, item ad omnes, qui sunt alieno juri subjecti, porrigendum erit ». Tous les *alieni juris* sont donc *in potestate*. Or, la classe des *alieni juris* comprend, non seulement les esclaves et les fils de famille, mais encore les femmes *in manu* et les fils *in mancipio* (v. Gaius, § 49, Comm. I). On s'explique pourquoi Gaius et Ulpien entendent le mot *potestas* avec des sens différents. Gaius se sert du mot *potestas* avec le sens qu'il avait à son époque. Ulpien au contraire étudie un texte ancien, l'édit sur l'action *tributoria* et il donne au mot *potestas* le sens que lui donnait le préteur. Au moment de l'édit, tout *alieni juris* pouvait être *in potestate*, à l'époque de Gaius, seuls sont *in potestate* les esclaves et les fils de famille. Le mot *potestas* ne pouvait pas avoir dans l'édit sur l'action *de peculio* un sens plus restreint que celui qu'il avait dans l'édit sur l'action *tributoria*. D'ailleurs la *merx peculiaris* est un pécule et les créanciers de la *merx* peuvent au lieu d'exiger la *tributio mercis*, intenter l'action *de peculio* (V. Desserteaux, *op. cit.*, t. I, p. 283 suiv.).

La règle énoncée par Gaius au § 80 de son Commentaire 4 n'enlevait pas toute utilité à l'action *de peculio* du chef des femmes *in manu* et des fils *in mancipio*, car elle ne s'appliquait qu'aux dettes contractées antérieurement à l'entrée *in manu* ou *in mancipio* (V. en ce sens Desserteaux, *op. cit.*, t. I, p. 271 suiv.; Lenel, Edit., t. I, p. 320; t. 2, p. 159-161; Edictum Perpetuum, p. 275 et 422-423).

Il est plus difficile de décider s'il était en usage de confier un pécule aux femmes *in manu* et aux fils *in mancipio*. Sur ce point les textes littéraires font pour ainsi dire défaut. On a voulu voir cependant dans quelques passages la preuve de l'existence de pécules auprès de femmes *in manu* (V. notamment Cuj. les Institutions juridiques des Romains, t. I, p. 196; Desserteaux, *op. cit.*, t. I, p. 283, cf. Mandry, Familiengüterrecht, t. 2, p. 39 suiv.).

Étant donné le silence des jurisconsultes sur le pécule des femmes *in manu* et des fils *in mancipio*, ce n'est que par de simples conjectures, par analogie, que l'on peut décider quelles règles juridiques s'y appliquaient. Il n'est peut-être pas inutile de rappeler en ce sens la comparaison faite par Gaius entre les fils *in mancipio* et les esclaves, les femmes *in manu* et les *filiae*. Les fils *in mancipio* sont *loco servorum*, dit-il, les femmes *in manu loco filiarum* (Comm. I, § 115). Toutefois, l'expression *loco esse*, loin d'exprimer une assimilation complète, ne constitue qu'un procédé technique jouant dans des hypothèses bien déterminées (cf. Desserteaux, *op. cit.*, t. 2 (1), p. 52 suiv.).

depuis l'édit joue vraiment le rôle d'un patrimoine et la jurisprudence s'efforce de préciser l'institution. Nous étudierons les solutions et les doctrines diverses, émises en cette matière par la jurisprudence romaine, pendant cette longue période qui s'étend du dernier siècle de la République à la fin de l'époque classique et nous rechercherons dans quelle mesure ces solutions et ces doctrines se concilient avec les principes du droit ancien.

Il importe auparavant de mieux préciser dans ses données essentielles le problème trop sommairement posé ici. L'importance de cette étude préliminaire nous oblige à lui consacrer un chapitre spécial.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Le principe de l'incapacité patrimoniale des esclaves et des fils La réforme prétorienne L'édit sur l'action "de peculio"

TITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE L'INCAPACITE PATRIMONIALE DES ESCLAVES ET DES FILS AU MOMENT DE L'EDIT SUR L'ACTION *DE PECULIO*.

La date incertaine de l'édit sur l'action *de peculio* peut être, croyons-nous, approximativement fixée à un peu moins d'un siècle avant l'ère chrétienne ⁽¹⁾. C'est à cette époque que nous voulons nous placer pour préciser le fondement et l'étendue de l'incapacité patrimoniale des esclaves et des fils ⁽²⁾.

(1) V. *infra*, titre deuxième, n° 2 de ce chapitre.

(2) Nous utiliserons non seulement les sources pré-classiques mais les sources classiques elles-mêmes où il est facile de découvrir le droit antérieur en faisant abstraction de quelques règles spéciales.

A ne considérer que les droits patrimoniaux, les esclaves et les fils semblent se trouver dans des conditions juridiques fort voisines. Ils sont également incapables d'être les sujets actifs de droits patrimoniaux; ils sont les uns et les autres des instruments juridiques d'acquisition pour leur *paterfamilias*. Toutefois, l'étendue de leur incapacité patrimoniale n'est pas la même et celle-ci repose vis-à-vis de chacun d'eux, dès avant l'époque classique, sur des bases juridiques différentes.

§ I. — L'INCAPACITÉ PATRIMONIALE DES ESCLAVES

1. Incapacité absolue de jouissance des esclaves en matière de droits patrimoniaux, conséquence de leur défaut de personnalité juridique. — 2. L'esclave en tant qu'objet de droit *Dominium* et *potestas*. — 3. Reconnaissance dès l'époque la plus ancienne de la personnalité humaine des esclaves. — Principale conséquence : pouvoir des esclaves de représenter activement leur maître dans les rapports d'affaires avec les tiers.

L'incapacité patrimoniale de l'esclave et le *jus adquirendi* de son maître ne sont que les conséquences logiques des principes généraux qui fixent la condition servile. Cette dernière peut être définie au moyen des deux propositions suivantes :

1° L'esclave n'ayant aucune personnalité juridique est privé de la jouissance de tous les droits ; 2° il est susceptible d'être l'objet du droit d'autrui.

1. L'esclave, disons-nous, n'a pas de personnalité juridique, pas de *caput* : le principe est nettement affirmé par les jurisconsultes classiques (1).

Quelle que fut, à l'époque ancienne, la conception romaine de la personnalité juridique (2), on dut admettre de bonne heure qu'il fallait être libre pour pouvoir jouir de droits. Parmi les éléments de la pleine *caput*, le plus essentiel, celui qui conditionne tous les autres n'est-il pas le *status libertatis* (3) ? Cependant, dans le tome deuxième de son magnifique ouvrage sur la *capitis deminutio*, M. Desserteaux affirme que « le droit romain ne répugne... ni au point de vue théorique ni au point de vue pratique, à attacher certains droits à l'esclave ou d'une façon plus générale à la créature humaine » (4). Il nous semble

(1) V. fr. 3, § 1, D. 4-5; I pr. D. 28-8; 32 D. 50-17. On pourrait voir une allusion directe à la non personnalité juridique des esclaves dans les textes où l'esclavage est comparé à la mort : fr. 32, § 6 D., 24-1; 59, § 2 D., 35-1; 209 D. 50-17 (cf. d'ailleurs Plaute Persa 4, 4, 86). Mais la règle générale du fr. 209 semble l'œuvre de Justinien. Quant aux deux autres textes du Digeste, ils assimilent l'entrée *in servitutem poenae* à la mort naturelle (non juridique) et cela, non pas d'une manière générale, mais dans des cas spéciaux en vue de buts déterminés (v. Desserteaux, *op. cit.*, t. 2 (2) p. 392 s.; Tijdschrift, 1928, p. 135 s.).

(2) V. en ce qui concerne la théorie de la personnalité juridique dans l'ancien droit romain : Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la Capitis Deminutio*, t. 2 (1), p. 10 suiv.

(3) Gaius, § 9, Comm. I : « Et quidem summa divisio [de jure] personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi ». (Les mots *de jure* émanent non de Gaius mais d'un glossateur ; v. en ce sens : Beseler, *z. s. s. f. R.*, t. 46 (1926), p. 268 et Appleton, *N. R. H.* 1929, p. 202.)

(4) *Op. cit.*, t. 2 (1), p. 13.

Selon M. Desserteaux (si nous interprétons exactement sa théorie), il n'y aurait pas eu dans l'ancien droit romain une ligne de démarcation nettement établie entre la personnalité juridique et la non personnalité. La *summa divisio personarum* n'aurait pas été faite anciennement entre libres et non libres : « Cette division des personnes, dit M. Desserteaux (*op. cit.* p. 11), n'a pu apparaître, comme classification scientifique, qu'à l'époque où la liberté est devenue à elle seule une condition juridique, c'est-à-dire vers la fin de la République où au début de l'Empire ». La

au contraire que la servitude a dû, dès une époque très ancienne, entraîner une privation complète de droits (5). S'il n'y avait pas eu, en effet, une pareille incomptabilité entre la situation d'esclave et l'aptitude à jouir de droits, les jurisconsultes classiques, qui proclament à maintes reprises l'égalité des hommes devant le droit naturel, n'auraient pas hésité à donner satisfaction dans une plus large mesure qu'ils ne l'ont fait aux principes d'équité dégagés par les philosophes stoïciens ou néo-stoïciens. Ainsi, en raison des droits qui sont attachés à la parenté, ils mé-

summa divisio personarum aurait été faite tout d'abord entre *cives* et non *cives*; la *libertas* n'étant que « l'accessoire de la *civitas* ». « Avec cette conception, ajoute l'auteur, on comprend facilement que la *civitas* ayant toujours été considérée comme susceptible d'être fractionnée, il y ait entre *cives* et non *cives* une foule de situations intermédiaires comprenant tous ceux qui à des titres divers, ont reçu des concessions plus ou moins étendues de la *civitas*; entre ceux qui ont tous les attributs de la *civitas* et ceux qui n'en ont aucun, il y a place à une infinité de combinaisons correspondant à toutes les fractions dans lesquelles le droit de cité est susceptible de se morceler; il faut même aller plus loin; car, non seulement il y a parmi les *cives*, des personnes qui jouissent d'un plus ou moins grand nombre des attributs de la *civitas*, mais encore, parmi les non *cives*, la condition n'est pas identique et ne consiste pas dans un néant juridique; la créature humaine, sans qu'on distingue si elle est libre ou non... peut recevoir la concession de certaines fractions de droits rentrant dans la *civitas*. Avec cette conception, on comprend que... il n'y avait pas, dans le droit primitif, au point de vue de la condition juridique, entre l'esclave et l'homme libre... l'abîme qui existera plus tard ».

Nous ne voulons pas contester l'exactitude, dans ses grandes lignes, de cette théorie de la personnalité juridique pour l'ancien droit romain. Peut-être la *summa divisio personarum* fut-elle faite tout d'abord entre *cives* et non *cives*, la *libertas* et la *civitas* étant liées. Mais, de toute manière, l'idée que la condition d'esclave est exclusive de la jouissance de droits ne peut être qu'une idée ancienne. Elle ne s'est pas dégagée seulement à la fin de la République ou au début de l'empire, puisqu'alors les doctrines stoïciennes, qui proclamaient l'égalité des hommes devant le droit naturel, étaient connues de l'élite romaine et auraient dû pousser les jurisconsultes à reconnaître une personnalité juridique aux esclaves, à mettre le droit positif en harmonie avec le *ius naturale*.

(5) V. note précédente.

connaîtront la parenté servile. L'absence de *caput*, la privation de tous les droits étaient, pour eux, une conséquence de la condition d'esclave. Reconnaître ouvertement des droits aux esclaves c'eût été frapper de mort l'institution même de l'esclavage. Les juriconsultes n'ont pas forgé eux-mêmes les chaînes parfois très pesantes qui les ont gênés en cette matière. Ils ont respecté un principe dégagé longtemps avant eux.

Lorsque nous lisons dans l'ouvrage cité que des droits ont été reconnus aux esclaves, que ceux-ci ont été investis de certaines fonctions juridiques, il semble que le mot droit soit employé dans un sens trop large. M. Desserteaux voit une confirmation de l'idée qu'il défend dans l'emploi des deux mots *homo* et *persona* relativement aux esclaves. *Homo* désignerait l'être humain privé de droits, *persona*, conformément à son sens étymologique (masque, rôle d'un acteur), l'individu chargé de jouer un rôle sur la scène juridique (6). Qu'il y ait eu à l'époque classique et même

(6) Tandis que les auteurs en général opposent la qualité d'*homo* de l'esclave à sa qualité de *res*, M. Desserteaux (*op. cit.*, t. 2 (1), p. 22 s.) oppose sa qualité de *homo* à celle de *persona*. A son avis, l'esclave en tant qu'être humain n'a aucun droit, il est seulement apte à recevoir des concessions de droits; en tant que *homo* il peut être considéré comme une *res* et soumis au droit des choses. Au contraire, dans la mesure où il a reçu une concession de pouvoir, il est une *persona* et soumis au *jus personarum*. Ainsi, lorsqu'on dit que l'esclave est un *homo* ou une *res* on ferait abstraction du rôle juridique qui lui est confié.

La qualité d'*homo* n'est pas incompatible avec celle de *res*. Mais nous ne pensons pas non plus qu'il faille opposer la qualité de *homo* de l'esclave à sa qualité de *persona*.

Peut-être, dans certains textes classiques, *persona* n'est-il pas tout à fait synonyme de *homo*. Ce mot paraît y désigner plus le rôle de l'homme que l'homme lui-même (V. Buckland, t. R. L. of Slavery, p. 4). Mais *persona* est ordinairement synonyme de *homo* (V. Buckland, *op. cit.*, p. 3 suiv.; Perozzi *lct.*, t. 1, p. 127). En

avant une nuance entre ces deux termes, cela est possible; que les esclaves aient rempli certaines fonctions juridiques, cela est certain. Mais le rôle joué par les esclaves n'impliquait pas, en principe, chez eux l'apti-

tout cas *persona* ne désigne pas à l'époque classique l'individu doué d'une personnalité juridique. C'est à tort que Costa (Cicerone giuriconsulto, t. I, p. 85-86) soutient que chez Cicéron *persona* avait parfois le sens de personnalité juridique. Cicéron parle bien d'une *persona populi, civitatis*, mais il désigne seulement par là l'être collectif, si l'on veut le corps du peuple ou de la cité, non leur personnalité juridique. — V. *infra*, chapitre préliminaire, § 2, numéro 2. Selon M. Cuq (Manuel des Antiquités grecques et latines au mot *persona*, t. 4, p. 416), dès le deuxième siècle de l'ère chrétienne, le mot *persona* aurait été employé avec le sens de personnalité juridique. Nous ne trouvons en réalité *persona* avec ce sens, parmi les textes classiques, qu'au fr. 22 D. 46-1 de Florentinus. Or, ce texte est manifestement glosé et le sens du mot *persona*, ici employé, a été déformé par une addition byzantine (V. *infra*, chapitre préliminaire, § 2, note 35). C'est à l'époque byzantine seulement que *persona* désigne la personnalité juridique; on dira alors que l'esclave n'a pas de *persona* (V. Paraphrase de Théophile ad, § 2 Inst. 2-14 et pr., 3, 17; v. Buckland, *op. cit.* p. 5; Bonfante Corso, t. I, p. 143).

Persona n'implique, à l'époque classique, que la personnalité humaine, c'est ainsi qu'Ulpien (fr. 22 D. 50-17) appelle l'esclave une *persona* tandis qu'il lui refuse la capacité de s'obliger : « In personam servilem nulla cadit obligatio ». Lorsque les jurisconsultes notamment Gaius classent les esclaves parmi les *personae*, ils ne veulent pas nous dire que les esclaves peuvent jouir de droits, ce qui n'a jamais été vrai anciennement et ce qui ne l'est pas non plus en principe à leur époque.

M. Desserteaux (p. 23, n. 4) pense trouver dans deux textes, l'un de Paul (3, § 1 D. 4-5), l'autre d'Ulpien (32 D. 50-17), la distinction qui lui semble avoir été faite par Gaius dans ses *Institutes*. Lorsque Paul nous dit : « *servile caput nullum jus habet* », il se servirait à dessein de l'expression *servile caput* pour désigner l'individu, abstraction faite du rôle qu'il peut remplir, par opposition à *servus* qui indique l'être pourvu du rôle juridique d'esclave.

Il ne faut voir, croyons-nous, dans les mots *servile caput* qu'une image destinée à rendre plus frappant le principe : *nullum jus habet*. Ulpien emploie le mot *servus* pour nous dire que juridiquement l'esclave ne compte pas (fr. 32 pr. D. 50-17; cf. Ipr. D. 28-8).

Au fr. 32 cité, Ulpien entend simplement opposer le *jus civile* au *jus naturale*. S'il nous dit : « *quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur* », il s'empresse d'ajouter : « *non tamen et jure naturali : quia quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt* ». Ainsi, c'est seulement au point de vue du *jus naturale* qu'il reconnaît ici des droits à l'esclave.

tude à jouir de droits (7). Si l'on entend le mot droit, non dans le sens large de fonction juridique, mais dans le sens plus étroit de la capacité de jouissance, on peut dire que l'esclave ne possède aucun droit à l'époque où nous nous plaçons. Il est facile de vérifier cela en passant en revue les différents droits des *cives*.

L'esclave est tout d'abord privé des droits politiques et publics (8). Il ne peut ainsi ester en justice (9), ni comme demandeur (10), ni comme défen-

(7) Selon M. Desserteaux, l'esclave pouvait bénéficier de concessions de droits, soit de la part de son maître, soit de la part de la cité. Mais les droits dont parle l'auteur ne constituent pas à proprement parler des droits. La faculté accordée au *servus* de représenter son maître dans les actes juridiques du droit privé n'est pas un pouvoir concédé. Elle n'implique pas une capacité de jouissance, alors que les droits ainsi acquis ne demeurent pas un instant sur la tête de l'esclave, et alors que la validité de l'acte s'apprécie *ex persona domini* quant à ses conditions juridiques.

Si l'esclave peut être institué héritier et s'il garde ce titre malgré tout changement de *potestas* ou son affranchissement, cela n'implique pas qu'il peut jouir de droits en qualité d'esclave. Car nous ne sortons pas ici du domaine du fait : « *Quæ facti sunt*, nous dit Paul (fr. 44, pr. D. 35-1) précisément pour justifier cette règle, *ad dominum non transeunt*. »

M. Desserteaux (p. 38 suiv.) mentionne encore parmi ces droits concédés, le pouvoir reconnu au statuliber de s'acquitter contre le gré de l'héritier. Mais nous nous trouvons ici en présence d'une règle d'exception.

Quant aux *servi publici* enfin (cf. Desserteaux, p. 40 suiv.), nous ne croyons pas qu'ils aient été plus que les autres aptes à jouir de droits avant l'époque classique. Sans doute, ils pouvaient remplir certaines fonctions publiques, celles de *tabullarius* ou de *calculator* par exemple. Mais il s'agissait là moins de véritables fonctions publiques que de simples emplois auxquels la cité, propriétaire de l'esclave, pouvait affecter celui-ci à sa guise.

(8) Toute usurpation de fonctions publiques par des esclaves était rigoureusement punie; V. Dion Cassius 48-34; fr. 11 D. 49-16; 6 et 7 C. 12-34. Il est arrivé cependant que des esclaves, à la faveur d'une erreur commune, aient rempli des charges publiques et, ce qui peut surprendre, les actes de ces magistrats gardèrent toute leur force après la découverte de la fraude. V. fr. 3 D. 1-14. Mais ce n'est là qu'une application de la règle : *Error communis facit jus*. (V. pour une autre application de cette règle § 57, In. 2, 10).

(9) Et *a fortiori* faire entendre de témoins : Plaute Curcul, 5-2, 630.

(10) Gaius, § 96, Comm. 2.

deur ⁽¹¹⁾, ni contre les tiers, ni contre son maître ⁽¹²⁾ et il ne peut pas non plus être témoin dans un acte juridique ⁽¹³⁾.

Son incapacité est également complète en ce qui concerne les droits privés. L'esclave n'en possède aucun, ni ceux qui émanent du droit civil, ni ceux qui émanent du droit prétorien: « *juris civilis communio-nem non habet in totum ne prætoris quidem edic-ti* » ⁽¹⁴⁾ !

Les droits résultant de la parenté sont refusés aux esclaves ; ainsi, les droits de puissance maritale ou paternelle ⁽¹⁵⁾. La parenté servile elle-même est méconnue, qu'il s'agisse de l'agnation ou de la cognation ⁽¹⁶⁾. D'ailleurs le mariage, source par excellence de la parenté et des droits qui en découlent, n'est pas possible entre esclaves ⁽¹⁷⁾ et il ne l'est même pas entre esclave et homme libre ⁽¹⁸⁾.

L'incapacité patrimoniale de l'esclave n'est ainsi qu'une nouvelle manifestation de son absence de ca-

(11) Fr. 107 D. 40-17.

(12) Fr. 7 D. 48-10.

(13) Fr. 20/7 D. 28-1. L'esclave ne peut pas être témoin dans un acte juridique, car il s'agit là de *solemnia* requérant une capacité juridique. Mais il peut témoigner à l'occasion d'une action pénale ou même civile, car c'est là la simple constatation de faits pour laquelle la capacité humaine seule est nécessaire. Cependant, les Romains n'ont admis qu'avec hésitation le témoignage de l'esclave (Térence Phormion 2-1, 292). Ils ne l'ont admis qu'à défaut d'autres preuves et qu'accompagné de la torture (fr. 7 D. 22-5; 8; 9 D. 48-18; constitutions 10, 13, 14, 15 C. 9-41; Paul Sent. 5-16, § 2).

(14) V. fr. 20 § 7 D. 28-1; 32 pr. D. 50-17.

(15) Plaute Captiv. 3, 4, 42; Paul 4, 10, 2.

(16) V. frg. 10/5 D. 38-10; 7 D. 38-8; 1/4 D. 38-17.

(17) Plaute Casina Prol. 68-70; 3 C. 5-5 conséquence : 23-24 C. 9-9. Les unions entre esclaves ne sont que des unions de fait sans valeur légale, on les désignait du nom de *contubernia*.

(18) Paul Sent. 2, 19, 6.

put; elle est une suite logique de cette maxime : *servus juris civilis communionem non habet in totum ne prætoris quidem edicti*.

Cependant, même doué d'une personnalité juridique comme le fils, l'esclave, en qualité d'*alieni juris*, ne pourrait avoir aucun bien à lui : « *Ipse enim qui in potestate nostra est*, dit Gaius ⁽¹⁹⁾, *nihil suum habere potest* ». Mais ce motif passe ici au second plan. L'incapacité patrimoniale de l'esclave frappe celui-ci, moins en qualité d'*alieni juris*, qu'en qualité d'esclave ; aussi est-elle plus grave que celle du fils. Elle s'étend, non seulement à l'actif, mais également au passif du patrimoine et elle subsiste alors même que l'esclave ne se trouve sous le pouvoir de personne.

L'esclave ne peut être ni propriétaire, ni possesseur, ni investi d'un droit réel quelconque ⁽²⁰⁾ et il ne peut pas davantage être créancier ⁽²¹⁾ ou débiteur ⁽²²⁾.

II. — L'esclave privé de tous les droits est lui-même soumis au droit d'autrui et c'est là le deuxième aspect sous lequel il se présente à nous dans les sources. La terminologie qui sert à désigner ce droit est variable.

(19) Comm. 2 § 87.

(20) En ce qui concerne la possession, V. fr. 30/3 D, 41-2 et fr. 24, 49/1 D. eod., qui appliquent ce principe au pécule. L'homme libre servant de bonne foi ne peut pas lui-même posséder : fr. 118 D. 50-17.

(21) Fr. 36 D. 45-3.

(22) Gaius § 104 Com. 3 (§ 6 Ins. 3, 19) ; Fr. 43 D. 44-7 ; 22 D. 50-17. Ulpien dira, il est vrai, que les esclaves s'obligent civiliter par leurs délits, naturellement par leurs contrats (V. fr. 14 D. 44-7). Mais cela implique encore seulement reconnaissance de la personnalité humaine des esclaves.

Le droit du maître est appelé tantôt *dominium*, tantôt *potestas* (23).

Il est certain que les esclaves étaient soumis à un droit de propriété. Gaius au paragraphe 13 de son commentaire 2 les classe parmi les *res quæ in patrimonio nostro sunt*. « *Corporales hæ sunt, dit-il, quæ tangi possunt veluti fundus, homo...* ». Au § 14a du même commentaire, il les nombre avec les *res Mancipi* c'est-à-dire avec celles sur lesquelles le *dominium* est le plus complet : « *Mancipi sunt... servi* » (24).

L'esclave compté parmi les *res corporales Mancipi* peut faire l'objet de toutes les transactions dont sont susceptibles les autres *res corporales*. Il peut être vendu, possédé et acquis par usucapion, donné en gage. Il peut être donné ou légué, et, à la mort de son maître, il passe confondu avec les autres biens du *de cuius* dans le patrimoine des héritiers de celui-ci.

Le maître, qui peut disposer comme il l'entend de ses esclaves, peut s'en servir au gré de son caprice, il peut leur faire subir les plus mauvais traitements, même les mettre à mort sans motif (25).

Le droit de propriété du maître sur son esclave peut être démembré. L'esclave peut être commun à plu-

(23) L'expression : *Dominica potestas*, avec laquelle les romainistes désignent souvent le droit du maître sur son esclave, ne paraît pas avoir été couramment employée par les jurisconsultes. Le *Vocabularium jurisprudentiæ romanæ* (t. 2, fascicule 2, p. 335) ne la signale qu'au fr. 17/10 D. 21-1.

(24) V. également Ulpien 19, 1.

(25) Gaius Com. 1 § 52 (cf. 151 D. 1-6). V. également les très nombreux passages de Plaute cités par M. Costa (*Il diritto romano privato nelle comedie di Plauto*, p. 82-85). V. également Wallon, Histoire de l'esclavage, t. 2, p. 235 suiv.; Marquardt, la Vie privée des Romains (traduction V. Henry), t. I, p. 209 suiv.

sieurs maîtres, il peut appartenir pour l'usufruit à l'un, pour la nue-propriété à un autre ; il peut être l'objet de la possession d'un ou plusieurs maîtres, ou faire partie d'une dot. Dans tous ces cas on applique, en principe, les mêmes règles que s'il s'agissait de n'importe quelle autre *res*.

Le maître, en vertu du *dominium* dont il est investi, pourra revendiquer l'esclave et, lorsque celui-ci sera victime d'un délit, il pourra réclamer du tiers coupable la réparation, soit de l'injure qui lui a été faite en la personne de son esclave, soit du dommage matériel qui lui a été causé. Enfin, de même que le propriétaire d'un objet quelconque, le *dominus servi* bénéficie de toutes les valeurs provenant de l'esclave, qu'il s'agisse de produits ou de fruits ⁽²⁶⁾.

Nous touchons toutefois ici à une des différences essentielles qui séparent l'esclave des autres objets du droit de propriété. L'esclave en tant qu'être humain doué d'intelligence et de volonté est susceptible d'utilisations multiples ; c'est ainsi qu'il est pour son maître un instrument juridique d'acquisition. Il peut procurer à celui-ci tous les droits patrimoniaux ⁽²⁷⁾ ; à

(26) Ce sont là des règles bien connues et incontestables. Nous les voyons constamment appliquer par les jurisconsultes. V. pour le droit ancien les passages de Plaute cités par M. Costa l. c.

(27) Gaius C. 2/87 (cf. fr. 10 pr. 1 D. 41-1). Droit de propriété : 10 pr. §§ 1 et 2 ; 63 pr. D. 41-1 ; Possession : Gaius 2, § 89 ; V. encore les textes cités *infra* chapitre 2, § 1, section 1, numéro 4, 2^e partie. Servitudes réelles : fr. 2 D. 33-3 ; F. V. 56 ; fr. 17/1 D. 32. (Ces textes appartiennent à un droit récent, les deux premiers parce qu'ils prévoient l'acquisition de la servitude par stipulation, l'autre parce qu'il applique un principe qui n'est sans doute pas ancien, à savoir que pour qu'un legs adressé à un esclave soit valable il faut qu'il puisse prendre effet si l'esclave était libre). Servitudes personnelles : F. V. 51 et 57 ; fr. 6/2 D. 7-1 ; 12/5, 17 D. 7-8 (il y avait cependant à cela un obstacle provenant de ce que le mode d'acquérir les servitudes entre vifs, l'*in jure*

l'exception de l'*in jure cessio*, tous les modes de contracter lui sont accessibles ⁽²⁸⁾ et il peut également être institué héritier ou légataire ⁽²⁹⁾. Les droits qu'il acquiert investissent alors son maître immédiatement et nécessairement ⁽³⁰⁾. En présence de cette différence profonde entre l'esclave et les autres *res*, les auteurs ont voulu souvent rattacher le *jus adquirendi* du maî-

cessio, n'était pas accessible aux esclaves; V. F. V. 51 qui indique le moyen de tourner la difficulté). Créances : Gaius Comm. 3 § 163, 10/1 D. 41-1; 15, 40 D. 45-3. Droit d'exception : fr. 17/7 D. 2-14, Héritités : Gaius 2/87 et les nombreux textes cités par M. Desserteaux (De l'acquisition de l'hérédité par l'intermédiaire du fils ou de l'esclave d'autrui, R. H. de droit 1931, p. 601 suiv.; 1932, p. 35 suiv. — M. Desserteaux démontre dans ces deux articles que, jusqu'à l'époque byzantine, les esclaves et les fils avaient eux-mêmes le titre d'*heres*, tandis que l'hérédité était acquise au *paterfamilias*. Ce dernier était seulement, en vue de buts spéciaux à atteindre, *perinde ac si heres esset*. Les byzantins admirent au contraire que le *paterfamilias* devenait *heres per servum aut filium*).

(28) V. en général Gaius 2/87 (cf. fr. 10/1 D. 41-1). Pour la *mancipatio* : Gaius 2/87; 3/166 et 167; Fr. Dosithée 5; Fr. Vat. 89; Ulpien Reg. 19, 18. Pour la tradition : Gaius 2/87; Ulpien Reg. 19, 18, et les passages cités par M. Gradenwitz (« *Per traditionem accipere* » dans Z. S. S. f. R., t. 6, p. 56 suiv.). Pour la stipulation : Plaute Rud. 5, 3, 28 s.; Gaius 2/87 (cf. 3 § 166); In. 3, 17; fr. 10/1 D. 41-1. On a discuté des termes dont l'esclave pouvait se servir dans la *mancipatio* et la stipulation. Le fr. 1 D. 45-3 nous apprend que l'esclave pouvait stipuler *sibi dari*, mais le fr. 38/6 D. 45-1 nous enseigne qu'il ne pouvait pas stipuler *sibi habere licere*; d'où l'on peut conclure que l'esclave pouvait stipuler pour lui, mais seulement en employant certaines expressions. Il pouvait stipuler pour son maître ou s'il en avait plusieurs, pour l'un d'entre eux (Gaius Comm. 3, § 167, selon M. Desserteaux. Etudes citées t. 2 (1) p. 33, cela n'aurait été possible qu'à l'époque classique). Nous sommes peu renseignés en ce qui concerne la *mancipatio*. Les sources nous apprennent simplement que l'esclave pouvait acquérir par *mancipatio*. Elles ne nous disent pas s'il pouvait employer la formule « *ego aio hanc rem meam esse ex J. Q.* » ou s'il devait mentionner le nom de son maître : pour la première hypothèse, V. Eisele, Z. S. S. f. R., p. 80 suiv.; pour la deuxième, Buckland, R. H. de droit, t. 32, 1908, p. 232. Selon M. Desserteaux, l. c., l'esclave n'aurait pas pu, dans l'ancien droit, indiquer le nom de son maître dans la *mancipatio*. L'esclave comme d'ailleurs le fils ne pouvait se servir ni de la *cessio in jure*, ni de l'*adjudicatio* : Gaius 2/96; F. Vat. 51. V. Mandry, *op cit.*, t. 1, p. 63 suiv.; Buckland, *op cit.*, p. 233; Girard, Manuel, p. 145; Desserteaux, *op cit.*, t. 2 (1), p. 36.

(29) V. note 27.

(30) V. infra, p. 32.

tre, non au *dominium* que celui-ci possède sur son esclave, mais à un droit spécial, identique à celui qui frappe encore le fils à l'époque classique : la *potestas*. Nous verrons ce qu'il faut entendre par *potestas* relativement aux esclaves et comment s'explique l'intervention de ceux-ci dans les actes du droit privé.

Le droit d'acquisition du maître, considéré en lui-même, et abstraction faite de la terminologie des sources, apparaît comme une suite du *dominium* qui frappe les esclaves. L'esclave est la chose de son maître; ce qu'il gagne (que ce soit par son activité matérielle ou juridique) est acquis à son maître par accession. Aussi, l'esclave (et en général tout *alieni juris*) ne représente-t-il son maître qu'activement. Gaius ⁽³¹⁾ nous le dit expressément: « *Melior condicio nostra per servos fieri potest deterior non potest* ». Il ne peut y avoir accession que pour des droits non pour des charges. Comme toute accession, l'acquisition au maître a lieu immédiatement, même à l'insu du maître, même contre son gré ⁽³²⁾. Enfin, supposons qu'un esclave, soumis à plusieurs maîtres acquière juridiquement des droits: ceux-ci seront répartis entre ses maîtres conformément aux principes généraux ⁽³³⁾.

Ainsi, tous les droits que le maître possède sur son esclave peuvent être considérés comme les manifestations d'un *dominium*. Comment dès lors expliquer la terminologie changeante des sources ? Pourquoi le droit du maître est-il appelé encore *potestas* ?

(31) Fr. 133 D. 50-17 (Gaius *lib. 8 ad ed. prov.*).

(32) V. fr. 46 pr. D. 23-3; 32 D. 41-1; 62 D. 45-1; § 3 In. 2, 9.

(33) Gaius *Com.* 3 § 167; cf. *Comm.* 2 §§ 91 et 92.

On a soutenu souvent que l'esclave était soumis à deux droits différents, correspondant à sa double nature d'*homo* et de *res*. En tant que *res*, il serait soumis à un *jus quod ad res pertinet : dominium*; en tant que *homo*, à un *jus quod ad personas pertinet : potestas* (34). C'est à cette *potestas* que se rattacherait le *jus adquirendi* du maître.

Certains auteurs ont particulièrement insisté sur la contradiction qui existe, à leur avis, entre la qualité de *res* de l'esclave et sa qualité de *homo*, entre le *dominium* et la *potestas du maître* (35). La qualité de *homo* de l'esclave, mieux dégagée, aurait conduit au cours de l'époque classique à porter des atteintes de plus en plus importantes au *dominium*.

M. Bonfante (36) explique différemment la coexistence de ces deux droits, dont l'un, par l'étendue des pouvoirs qu'il comporte, lui semble impliquer l'autre nécessairement. L'esclave aurait été primitivement soumis à une *potestas* comme le fils ; peu à peu un *dominium* serait venu se greffer sur cette *potestas* et l'absorber au point que la *potestas*, à l'époque classique, ne serait plus considérée que comme une conséquence du *dominium* (37).

Nous repoussons ces théories.

Le *dominium* et la *potestas* ne sont nullement opposés dans les sources. Les jurisconsultes ramènent

(34) V. ainsi Karlowa, R. R. t. 2, p. 100; Ferrini, Pandette, p. 56; Cuq, Institutions, t. 1, p. 166 suiv.; Betti, Corso di Istituzioni di diritto romano, p. 167; cf. Girard, Manuel, p. 100; Cornil, droit romain, p. 27.

(35) Ainsi Karlowa l. c. et Betti, *op cit.*, p. 164 suiv.

(36) Corso, t. 1, p. 142 suiv.

(37) Cf. Costa, Storia, p. 121.

au contraire au *dominium* la *potestas* sur les esclaves. Ainsi, Paul, au fr. 215 D. 50-16 ⁽³⁸⁾, nous dit que le mot *potestas* doit être entendu, relativement aux esclaves, dans le sens de *dominium*; et Gaius nous apprend que la *potestas* est comprise dans la propriété bonitaire ⁽³⁹⁾.

Nous pensons avec M. Bonfante que le *jus adquirendi* du maître appartient au très ancien droit romain ⁽⁴⁰⁾; et, nous croyons également que le *paterfamilias* avait à l'origine un droit identique sur ses esclaves et sur ses descendants. Mais l'évolution décrite par l'auteur n'est pas exacte. Le droit unique que le *paterfamilias* exerça tout d'abord sur les différents membres de sa *domus* n'était pas une *potestas*, c'était un *dominium* ⁽⁴¹⁾.

Il n'y avait pas primitivement de *potestas* dans le sens où l'entendent les juriconsultes classiques. Ce terme désignait un pouvoir absolu comme celui d'un propriétaire. Plus tard, le droit sur le fils se distin-

(38) *Paulus libro singulari ad legem Fufiam Caniniam* : « Potestatis verbo plura significantur... in persona servi dominium ».

(39) Gaius Com. I, § 54 : « Ceterum cum apud cives Romano, duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex jure Quiritium vel ex utroque jure cujusque servus intelligitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure Quiritium ejusdem non sit : nam qui nudum jus Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intelligitur ». Cf. Maynz Cours de droit romain, t. 3, p. 119.

(40) V. en ce sens : Pernice Labeo, t. I, p. 120; Desserteaux, *op. cit.*, t. 2 (1) p. 28 n. 3; Bonfante, *op. cit.*, t. I, p. 141. Sans doute, comme le remarque Pernice, *l. c.*, à l'exception de la stipulation servile dont il est parlé dans les comédies de Plaute, nous n'avons, en ce qui concerne les autres contrats accessibles aux esclaves, de renseignements que dans les sources classiques. Mais l'auteur s'empresse d'ajouter que ce n'est pas là un argument contre l'ancienneté du *jus adquirendi* du maître tel qu'il nous est connu. Celle-ci est, au contraire, prouvée par ce fait que les plus anciens contrats sont accessibles aux esclaves et que ceux-ci peuvent procurer à leur maître même la propriété des *res mancipi*.

(41) V. paragraphe suivant, numéro 1.

gna du droit sur l'esclave; le mot *potestas* lui fut alors plus spécialement appliqué. Mais, la *potestas* qui frappe le fils demeure encore fort voisine du *dominium*, dont elle n'est qu'un démembrement. D'autre part, à une époque où les esclaves sont les seuls êtres humains soumis à un droit de propriété, il y a entre le *dominium* sur les esclaves et celui sur les autres *res* la différence que nous avons déjà indiquée. On était donc assez naturellement amené à désigner avec le mot *potestas* le domaine commun au *dominium* qui frappe l'esclave et à la *patria potestas* qui frappe le fils. Relativement aux esclaves, la *potestas* ne s'oppose pas au *dominium*; elle n'en est qu'un aspect, comme le reconnaissent eux-mêmes les jurisconsultes classiques.

III. Que l'esclave soit considéré comme l'objet d'un droit de propriété cela n'implique en aucune façon méconnaissance de sa nature humaine. A l'époque très ancienne où le droit de l'esclavage s'est formé, on était loin de considérer la personnalité juridique, la liberté comme les attributs de tout être humain. C'est seulement à l'époque classique sous l'influence de la morale stoïcienne ou néo-stoïcienne que l'on attachera certains droits à la nature humaine (42). Comme l'a montré M. Desserteaux (43), dans la conception primitive l'être humain n'avait en cette qualité aucun

(42) Si, à l'époque classique, on protège l'esclave contre les abus de son maître, ce n'est pas parce qu'on lui reconnaît pour la première fois la qualité d'être humain, mais parce qu'on fait découler de cette qualité des conséquences nouvelles.

(43) *Op. cit.*, t. 2 (1), p. 15 suiv.

droit. On pouvait donc fort bien considérer l'esclave comme un homme et ne lui reconnaître aucun droit, même le soumettre au droit d'autrui. La théorie de Schmidt ⁽⁴⁴⁾, actuellement abandonnée, et suivant laquelle l'esclave n'aurait jamais été qu'un *res*, de même que la conception couramment admise d'une double nature de l'esclave *homo* et *res* reposent sur cette idée que l'homme doit avoir des droits qu'il ne peut pas être l'objet d'un droit réel; idée peu conforme aux origines romaines du droit de la personnalité. *Homo* et *res* ne sont pas des termes incompatibles entre eux : Gaius nous dit ainsi que l'*homo* est une *res*.

Cette reconnaissance de la personnalité humaine des esclaves se manifeste non seulement dans la terminologie par l'emploi des mots *homo* et *persona* pour désigner les *servi*, mais encore par différentes règles ou coutumes fort anciennes : ainsi par la place importante des esclaves dans le droit sacré ⁽⁴⁵⁾ et sur-

(44) Das Hauskind in mancipio, p. I, s. v. contra Karlowa, *op. cit.*, t. 2, p. 100 s.; Desserteaux, *op. cit.*, t. 2 (1) p. 21 s.; Bonfante, *op. cit.*, t. 1, p. 142.

(45) V. Wallon, Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité, t. 2, p. 88 suiv.; Ferrini Pandette, p. 44, n. 4; Bonfante, *op. cit.*, t. I, p. 145; Girard, Manuel, p. 100 (v. encore Pernice zum römischen sacralrecht cité par Girard, l. c. n. 2). Certains cultes pouvaient être confiés à des esclaves (Denys d'Halicarnasse, 4, 14; C. I. L., t. 4 n° 60). Les esclaves étaient placés sous la protection de certains dieux (Hercule et Saturne), v. Fabretti 2, 76, 77, p. 75 et 76 cité par M. Wallon, *op. cit.*, t. 2, p. 89. Ils adoraient certaines divinités (par exemple la Bonne Pensée C. I. L., t. I, n° 167, 168). Ils participaient au culte des dieux Lares cf. Ciceron de Leg., 2, 11; C. I. L., t. I, n° 602, t. 5, n° 792. Les prêtres faisaient des sacrifices aux Manes des esclaves (Varron de ling. lat. 6, 24). Les serments et vœux qu'ils faisaient avec l'*auctoritas* de leur maître étaient valables (fr. 2, § 1 D. 50-12). Ils pouvaient, avec l'autorisation de leur maître, devenir membres d'associations funéraires (fr. 3, § 2 D. 47-22. — V., pour des exemples de collèges funéraires comprenant des esclaves à la fin de la République, les deux inscriptions

tout par leur aptitude à représenter activement leur maître dans les actes juridiques du droit privé ⁽⁴⁶⁾.

Nous avons vu que l'acquisition au maître revêtait le caractère d'une accession. Il importe d'examiner maintenant en vertu de quel principe l'esclave, homme sans droits, pouvait intervenir dans un acte juridique. Selon une doctrine couramment admise, l'esclave, privé de personnalité juridique, emprunte à son maître la capacité de jouissance qui lui fait défaut; il y a confusion, identité de personne entre l'esclave et son maître ⁽⁴⁷⁾.

C'est une opinion différente que défend M. Desserreaux ⁽⁴⁸⁾. Le savant auteur pense que les esclaves et les fils tenaient primitivement d'une concession de leur *paterfamilias* ce pouvoir de représentation: « Le *paterfamilias*, dit-il, a commencé par mettre à sa place son fils ou son esclave dans la mancipation pour y jouer le rôle d'acquéreur, et plus tard dans la stipulation pour y jouer celui de stipulant, en déclarant: sa voix sera ma voix; en d'autres termes, il lui a concédé la fonction juridique de le remplacer dans ces actes, pour y remplir le rôle d'acquéreur ou de stipu-

indiquées par Wallon, *op. cit.*, t. 2 p. 479 : C. I. L., t. I, n° 567 et 573). Le lieu où ils étaient enterrés était *religiosus* (fr. 2 pr. D. 11-7).

(46) Leur culpabilité était également admise. Les textes des jurisconsultes classiques nous montrent que la qualité d'esclave entraînait simplement une aggravation de la peine (fr. 16, § 3 et 28, § 16 D. 48-19).

(47) Ainsi Wallon, *op. cit.*, t. 2, p. 188-189; Accarias, Précis, t. 2, p. 230 et 685-686; Van Wetter, Cours élémentaire de droit romain, t. I, p. 808; Maynz, *op. cit.*, t. 2, p. 191; Karlowa, R. R., t. 2, p. 86; Rivier, Précis du droit de famille romain, p. 84; Cornil, *op. cit.*, p. 143; Cuq, Manuel, p. 81; Girard, Manuel, p. 101.

(48) *Op. cit.*, t. 2 (1), p. 29 suiv.

lant ». « La coutume, ajoute-t-il, a fait de cette pratique une règle de droit et le procédé employé pour réaliser ce but a été la fiction : on posa la règle que tout se passera comme si le maître avait parlé ».

Nous préférons nous en tenir à la première explication : les reproches qui lui ont été adressés ne nous semblent pas mérités. Selon M. Desserteaux, elle serait incompatible avec la possibilité d'une institution de l'esclave par son propre maître comme héritier ou légataire; s'il y a identité de personne entre le maître et l'esclave une semblable institution n'est-elle pas celle de soi-même ? Remarquons-le, les maîtres n'ont pu instituer leurs esclaves que lorsqu'il leur a été permis de les affranchir par testament. L'acte qui fait de l'esclave l'héritier ou le légataire de son maître lui donne en même temps la capacité nécessaire pour recueillir la succession ou le legs; ainsi, le maître institue moins son propre esclave que la personne juridiquement capable que sera celui-ci au moment où le testament produira effet. Il n'y a pas ici identité de personnalité; on doit dire bien plutôt qu'il y a concession de droits de la part du maître puisque celui-ci donne à son esclave la qualité d'affranchi qui lui permet d'hériter. Mais la théorie de l'identité de personnalité n'avait pas à jouer. L'héritage ou le legs vont à l'esclave lui-même une fois affranchi, c'est-à-dire n'ayant plus la qualité d'esclave. Dans les cas d'acquisition au maître, l'esclave n'est qu'un intermédiaire; le droit qu'il acquiert ne reste pas un instant sur sa tête; aucune concession de pouvoir n'est nécessaire, la personne de l'esclave n'est prise en considération

qu'en ce qui concerne la capacité d'exercice, or celle-ci l'esclave la possède en tant qu'être humain; on ne peut rien conclure de l'une à l'autre d'hypothèses aussi différentes.

M. Desserteaux ⁽⁴⁹⁾ reproche encore à la théorie de l'identité de la personnalité sa subtilité et son abstraction. « Comment admettre, dit-il, qu'une conception aussi abstraite et subtile ait pu apparaître à l'époque

(49) M. Desserteaux fait encore valoir contre la théorie de la confusion des personnes d'autres arguments. « Si, nous dit-il, l'identité de personnalité entre le maître et l'esclave, en tant qu'il s'agit d'acquérir avait existé dans l'ancien droit romain, on concevrait difficilement qu'elle ne se fut pas appliquée à tous les actes juridiques de cette époque : et cependant il en est un la *cessio in jure*, dans lequel l'*alieni juris* ne peut figurer à l'effet de faire acquérir au titulaire de la puissance ». Selon M. Desserteaux dans la *cessio in jure* « fiction d'une *legis actio* » le maître ne pouvait mettre personne à sa place; le principe de la non représentation s'y opposait formellement. C'est incontestablement en raison de son caractère de procès fictif que l'*in jure cessio* n'était pas accessible aux esclaves. A l'époque classique cette raison n'était plus évidente et l'interdiction étant conservée par routine ce n'est, faute de mieux, qu'une mauvaise explication que Gaius nous en donne au § 96 de son Commentaire 2. Mais il n'y a là aucun argument contre la théorie de l'identité de personne. À notre avis, c'est moins le principe de la non représentation que l'inaptitude des esclaves à prendre part à un acte du droit public qui justifie notre règle. L'esclave qui ne pouvait pas être témoin testamentaire aurait-il pu paraître en justice ? Le principe de l'identité de personnalité ne jouait pas quant à la capacité du droit public. L'esclave pouvait prendre part à tous les actes du droit privé, parce qu'il empruntait à son maître la capacité de jouissance qui lui faisait défaut; non aux actes du droit public vis-à-vis desquels il aurait dû avoir une propre capacité.

Selon M. Desserteaux, l'idée de l'identité de personnalité est difficile à concilier avec les règles relatives aux acquisitions par l'intermédiaire du *servus hereditarius*, du *servus communis*, du *servus usufructuarius*, du *liber homo bona fide serviens* : « Comment comprendre pour le *servus usufructuarius*, nous dit-il, l'identité de personne entre lui et l'usufruitier pour les deux causes seulement où il acquiert pour lui (G. 2, 91) et l'identité de personne avec le nu-propriétaire pour toutes les autres causes ? » Mais le *jus adquirendi* du maître trouve sa source, non dans le principe de l'identité de personnalité, mais dans le droit réel que le *dominus* possède sur son esclave. Le maître acquiert par accession les droits stipulés par son esclave. Notre principe ne fait que rendre possible la représentation du maître dans la mesure où celui-ci est appelé, conformément au droit qu'il possède sur l'esclave, à profiter de ses fruits et produits.

lointaine où se forma la théorie de l'acquisition par l'intermédiaire de l'esclave ». Cette idée nous semble au contraire avoir dû se présenter naturellement à l'esprit des anciens Romains. Une solidarité étroite qui se relâchera plus tard existait tout d'abord entre les membres d'une même *domus*. Le *parterfamilias* doué d'une pleine personnalité juridique incarnait sa *domus*; il en était le représentant dans la cité. L'idée d'une seule personnalité juridique pour plusieurs individus n'avait rien de choquant dans une société encore mal organisée où le groupe comptait plus que l'individu.

Différentes particularités du *jus adquirendi* nous semblent ne pouvoir s'expliquer ni par l'idée d'une concession de pouvoirs ni par la fiction « *vox domini vox servi* ».

Nous avons vu qu'en principe, et avant la création des actions adjectices, les esclaves ne pouvaient pas rendre leur maître débiteur contractuel. Cette interdiction ne s'explique pas si on doit chercher les origines de cette représentation du maître par ses *subjecti* dans une concession de pouvoirs. Les maîtres n'auraient pas alors donné simplement à leurs esclaves le pouvoir de les enrichir mais encore celui de les appauvrir. La représentation passive est aussi utile que la représentation active. La fiction *vox domini vox servi* ne justifie pas non plus une semblable limitation. Pourquoi la voix de l'esclave ne serait-elle plus celle du maître lorsqu'il s'agit de lier celui-ci ?

Nous avons vu, en outre, que l'acquisition au maître

avait lieu même à l'insu et contre le gré de celui-ci ⁽⁵⁰⁾. C'est là une règle qui condamne toute idée de concession de pouvoirs. Si on peut à la rigueur la rattacher à la fiction: *vox domini vox servi*, il faut alors supposer qu'elle n'a pas toujours existé; mais c'est là une simple conjecture que rien ne semble autoriser.

Selon nous, le *jus adquirendi* du *paterfamilias* trouve son explication dans le droit de propriété que le *paterfamilias* possédait primitivement sur les membres de sa *domus* et qu'il posséda toujours sur les esclaves. L'acquisition au *paterfamilias* a lieu par accession d'où les conséquences suivantes : 1° l'*in potestate* ne pouvait pas obliger son *paterfamilias*; 2° l'acquisition au *paterfamilias* avait lieu immédiatement et nécessairement; 3° elle n'était possible que par l'intermédiaire des personnes en sa puissance ⁽⁵¹⁾.

L'idée de l'identité de personnalité en permettant à l'esclave de contracter avec les tiers rendait possible

(50) M. Desserteaux (p. 35) remarque que les jurisconsultes ont cru nécessaire d'insister sur ce point : « Avec l'idée d'identité de personnalité, dit-il (l. cit. note 2), les juristes n'auraient pu se poser la question; conçoit-on qu'une personne, en stipulant, agisse à son propre insu ou contre son gré ? Au contraire, ajoute M. Desserteaux, avec l'idée de droit concédé à l'esclave on comprendrait que la concession n'eut été faite par le maître que sous le bénéfice de sa ratification; la question devait être examinée et tranchée. » Mais nous ne trouvons dans aucun texte la preuve qu'une controverse se soit élevée en cette matière et l'on comprend aisément qu'une règle de cette importance ait été mentionnée par les jurisconsultes. D'ailleurs, à l'époque classique, on tendait de plus en plus à tourner la règle : *per extraneam personam nihil nobis adquiri potest* et il importait de montrer que le *subjectus* n'était pas un simple mandataire.

(51) Gaius, 2, § 95 : « *Ex his apparet per liberos homines quos neque juri nostro subjectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque justam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur an per extraneam personam nobis adquiratur.* »

cette forme d'accession. L'esclave et son maître, sous cet aspect, ne constituent pas deux personnes juridiquement distinctes, l'une mandataire l'autre mandant; mais une seule personne ayant la capacité naturelle de l'esclave, la capacité juridique du maître. La validité de l'acte accompli par l'esclave s'appréciait *ex persona servi* quant aux conditions de fait ⁽⁵²⁾, *ex persona domini* quant aux conditions de droit ⁽⁵³⁾. Enfin, aucun rapport juridique n'était possible entre le *paterfamilias* et ses *subjecti* ⁽⁵⁴⁾. C'est cette identité de personnalité et rien autre que les jurisconsultes veulent exprimer quant ils nous disent que la voix de l'esclave est celle du maître ⁽⁵⁵⁾.

*
**

Pour résumer les développements qui précèdent, nous dirons qu'à l'époque du *jus civile* l'esclave est considéré comme un être humain, mais privé de personnalité juridique et susceptible d'être l'objet du droit de propriété d'autrui.

Le droit classique a-t-il reconnu une personnalité juridique aux esclaves ? On l'a soutenu parfois ⁽⁵⁶⁾. Mais cela n'est pas exact, en dehors du droit du pécule. Sans doute, à l'époque impériale, nous voyons s'épanouir une législation et une jurisprudence fa-

(52) Ainsi, à l'époque classique, l'*hereditas jacens* acquiert par l'intermédiaire des *servi hereditarii*.

(53) Fr. 31 pr. D. 28-5; 12 § 2, D. 30 cf. 82 § 2, D. 31; 5 D. 33-3; pr. Inst. 3-17.

(54) Gaius, Comm. 2, § 244; 3, § 104; 4, § 75; fr. 25 D. 7-1; 14, § 3 D. 18-2.

(55) Fr. 42 D. 39-2; 45 pr. D. 45-1; §§ 4 et 13 Inst. 3, 19.

(56) Cuq, Institutions, t. 2, p. 193; Manuel, p. 79 suiv.

vorables aux esclaves. Leur personne est protégée contre les mauvais traitements de leur maître ou des tiers. On tient compte de la parenté servile pour en déduire des empêchements au mariage *post manumissionem*. On permet également aux esclaves d'être les sujets actifs ou passifs d'obligations naturelles. Mais tout cela laisse intacte leur incapacité juridique. En effet, l'obligation naturelle, dans la conception romaine, n'implique pas une capacité de droit; quant à la protection de la personne même de l'esclave, elle comporte simplement reconnaissance de la personnalité humaine.

§ II. — L'INCAPACITÉ PATRIMONIALE DES FILS DE FAMILLE

1. Origine de l'incapacité patrimoniale des fils et du *jus acquirendi* du *paterfamilias*. — 2. Etendue et fondement de l'incapacité patrimoniale des fils dans le droit civil évolué.

I. — La situation juridique du fils de famille, telle qu'elle nous est présentée dans les sources classiques et telle qu'elle était déjà à l'époque du *jus civile*, est des plus étranges. Le *filius familias*, investi des trois éléments de la pleine *caput*, devrait logiquement avoir la jouissance de tous les droits. Il est cependant privé des droits de puissance maritale ou paternelle et, de même que l'esclave, il ne peut avoir aucun bien à lui, aucun patrimoine actif: *nihil suum habere potest*. De plus, le fils, qui possède les *status libertatis* et *civitatis*, est soumis, quel que soit son âge ou sa situation sociale, au droit rigoureux de la *patria potestas*, encore

à l'époque classique, fort voisin du *dominium* qui frappe l'esclave (1).

Cette situation complexe trouve son explication dans une évolution historique dont le point de départ remonte aux premiers temps de Rome. L'incapacité partielle du fils comme le droit rigoureux de la *patria potestas* qui pèse sur lui ne sont que les survivances d'une époque où le fils était frappé d'une incapacité juridique complète et soumis à un droit illimité.

Nous ne pouvons pas entrer ici dans le détail des nombreuses théories qui ont été émises sur la pré-histoire et l'origine du groupe familial romain (2). A

(1) Cf. Arangio-Ruiz, Corso, t. 2, p. 230.

(2) Aux théories traditionnelles qui présentent le groupe familial ou gentilice, fondé sur les liens du sang, sur la parenté paternelle, comme la cellule initiale ayant précédé tout autre groupement humain, s'opposent les théories d'Ed. Meyer et de Bonfante. Selon le premier de ces auteurs, c'est le lien politique, non la parenté, qui aurait été le principe de cohésion des sociétés primitives; la famille à Rome, comme chez les autres peuples, ne se serait constituée qu'à l'intérieur de l'état et sous la sauvegarde de la loi. (Cf. la théorie de Niebuhr aux termes de laquelle la *gens* serait une création artificielle de l'Etat). Pour M. Bonfante, le groupe familial et la *gens*, qui ont vraisemblablement précédé tout autre groupement, ne sont qu'en apparence fondés sur les liens du sang; eux-mêmes sont en réalité des groupes politiques. (V. Bonfante, *Teorie Vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive Riv. ital. sc. giur.*, t. 55, p. 259 suiv.; Histoire du droit romain, t. I, p. 75 suiv.; v. également en ce sens : De Francisci, *Storia del diritto romano*, t. I, p. 230 suiv.; Betti, Corso, p. 128 suiv.).

La théorie de Meyer a été réfutée par M. Bonfante (Histoire du droit romain, t. I, p. 74). Quant à la théorie de M. Bonfante, elle ne nous semble pas non plus admissible. La parenté romaine est sans doute calculée d'une façon fort arbitraire et il est indiscutable que la famille comprenait parfois des étrangers; mais la fiction de parenté sous laquelle on dissimulait ces situations anormales nous montre précisément que c'était le lien du sang qui fondait le groupe familial primitif. On peut considérer la *gens* et la *domus* comme des groupes intermédiaires entre la famille et l'Etat; on ne peut pas les considérer comme des groupes exclusivement politiques. En tout cas les rapports qui existent à l'intérieur de la *domus* sont plus des rapports de droit privé que des rapports de droit public. La division de la *domus* au décès du *paterfamilias* fournit un argument assez fort contre la théorie de M. Bonfante. Et, nous ne croyons pas que l'auteur ait démontré d'une façon certaine

l'époque où celui-ci nous est connu, les Romains semblent arrivés depuis longtemps au stade de la famille patriarcale (3). Le groupe familial, déjà puissamment organisé, est caractérisé par la soumission des membres qui le composent au pouvoir absolu et viager du plus âgé des ascendants mâles : le *paterfamilias*. Le pouvoir que ce chef unique possédait sur les personnes et les choses de sa maison ne se différenciait pas à l'origine suivant l'objet auquel il s'appliquait (4). Une même expression le désignait sous tous ses aspects : le mot *manus* d'abord, puis, lorsque celui-ci fut réservé aux rapports entre époux, le mot *poteslas* (5). On a dis-

qu'il n'en était pas ainsi primitivement. M. Bonfante soutient à l'appui de sa théorie que la succession primitive consistait en un transfert de souveraineté à un successeur désigné par le *paterfamilias*. Nous croyons au contraire que la succession ne fut tout d'abord qu'une conséquence de la co-propriété familiale. V. *infra* p. 141 n. 59.

(3) L'organisation patriarcale des Romains à l'époque historique est un fait indiscutable. M. Bonfante lui-même (Histoire du droit romain, t. I, p. 75) nous présente la *domus* comme un état patriarcal.

Il est à supposer que tous les peuples de race indo-européenne, dès avant leur séparation, connaissaient le système patriarcal (v. de Jhering, Esprit du droit, t. 2, p. 158; Mandry, Familiengüterrecht, t. I, p. 35 suiv.; Girard, Manuel, p. 142, n. 3). Et, en fait, nous en trouvons des traces chez la plupart de ces peuples; chez les Indous, chez les Germains, chez les Grecs (V. les auteurs cités et Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne, t. 2, p. 82 suiv.).

(4) V. en ce sens : de Jhering, *op. cit.*, t. 2, p. 158; Cuq, Les Institutions juridiques des Romains, t. 1, p. 172; Manuel, p. 134; Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, t. 1, p. 313; Mitteis, R. P. p. 73 (contre Mitteis. v. Jors Römisches Recht, p. 43 n. 1); Girard Manuel, p. 143-144; Bonfante, *op. cit.*, t. 1, p. 179; de Francisci, *Storia del diritto romano*, t. I, p. 313; Huvelin, Cours de droit romain, t. I, p. 235; Declareuil, Rome et l'organisation du droit, p. 105 et 106.

(5) Le mot *manus* a donné naissance à des expressions désignant des actes juridiques s'appliquant aux personnes ou aux choses comme émancipation, mancipation, manumission (cf. pour cette dernière expression, fr. 4 D. 1-1) et il est employé dans les textes littéraires ou même juridiques pour désigner le pouvoir du *paterfamilias* sur sa femme, ses enfants ou ses esclaves (Tite Live 3, 45-2; 34, 2, 11; 39, 18, 6; Lactance Div. ins. 4, 29; Pline Ep. 8, 18, 4; Gell. 18, 6, 9; Plaute Merc. 2, 3, 17; § 1, In. 12, 6; il désigne quelquefois aussi le pouvoir des agnats sur la femme (Tite-

cuté sur la nature de ce droit primitif unique. Selon de Jhering, ce serait un pouvoir mal défini, distinct à la fois du *dominium* et de la *potestas*. Pour les partisans des doctrines sociales, le groupe familial étant une sorte d'état, le *paterfamilias* serait investi d'un droit de souveraineté (7). Enfin, pour un très grand nombre d'auteurs, le *paterfamilias* avait à l'origine sur les personnes et les choses de sa *domus* un pouvoir absolu, semblable à celui d'un propriétaire (8). C'est cette dernière théorie que nous adoptons.

Les sources historiques et juridiques contiennent maints indices d'où l'on peut déduire qu'à une époque les femmes *in manu* et les fils étaient soumis à un véritable droit de propriété (9). Deux des anciennes formes du mariage, la *coemptio* et l'*usus*, laissent supposer que la puissance maritale s'acquerrait comme le *dominium* des choses par un achat ou par l'usage (10). De même, la remancipation de la femme et le

Live 34, 2, 11; 39, 18, 6). Le mot *potestas* désigne, dans certains textes, non seulement la puissance sur les personnes mais même le pouvoir sur les choses. V. Cuq, Manuel², p. 134; Mitteis, R. P., p. 75; Rivier, Précis du droit de famille romain, p. 9 et note 2; Bonfante, Histoire du droit romain, t. I, p. 179.

(6) *Op. cit.*, t. 2, p. 159-160.

(7) Ainsi Bonfante, *op. cit.*, t. I, p. 182.

(8) En ce sens Cuq, Institutions, t. 1, p. 172; Girard, l. c.; Mitteis; Giorgi, Gli indoeuropei dans Riv. ital. per le scienze giuridiche, t. 55 (1915), p. 3 s. passim; Huvelin, *op. cit.*, t. I, p. 235; Declareuil, *op. cit.*, p. 105.

(9) Significative est l'ancienne désignation des *alieni juris* quels qu'ils soient par le nom du *paterfamilias* au génitif (génitif de propriété). Signalons également cette définition du *paterfamilias* par Ulpien (fr. 195, § 2 D. 50-16 *lib. 46 ad edictum*) : « ...Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat... »

(10) La *coemptio* à l'époque où nous la connaissons est déjà devenue une vente fictive; mais il est plus que probable qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Quant à l'*usus*, il correspond à l'acquisition par l'occupation prolongée. Seule, parmi les anciennes formes du mariage, la *confareatio* se distingue des modes d'acqué-

pouvoir juridictionnel du mari sont les vestiges d'un ancien *dominium* en vertu duquel le mari pouvait librement aliéner sa femme et la mettre à mort ⁽¹¹⁾.

Relativement au fils, on trouve des traces encore plus évidentes de ce *dominium primitif* ⁽¹²⁾. C'est ainsi que, encore au début de l'époque classique, le fils pouvait faire l'objet d'un *furtum* et que son *paterfamilias* pouvait le réclamer au moyen de la revendication ⁽¹³⁾. La *patria potestas* comporte la plupart des attributs de la propriété : le *jus vitæ necisque*, qui n'a pas toujours été un droit de juridiction domestique ⁽¹⁴⁾, le *jus*

rir la propriété; c'est le mariage religieux scellé devant l'autel. Mais nous savons qu'anciennement le mariage était toujours précédé de fiançailles (*sponsalitia*); celles-ci étaient à l'origine un pacte de vente conclu entre le mari ou son père et le père de l'épouse. Ce pacte de vente devenait *définitif* par une vente effective où la cérémonie religieuse de la *confareatio*. On a voulu également voir dans la *festivitas nuptiarum* une survivance de l'époque où les femmes étaient des captives (v. Girard, Manuel, p. 142, note 2; cf. *Giorgi Gli indoeuropei Riv. ital. sc.*, t. 55 (1915), p. 8, n. 2).

(11) Selon Plutarque (Rom. 22; Girard, Textes, p. 6, numéro 4) le droit d'aliénation du mari a été limité dès l'époque royale. De même Denys d'Halicarnasse (2, 25; Girard, Textes, p. 6, n° 3) nous apprend que le mari ne pouvait mettre sa femme à mort que dans certains cas (adultère ou ivrognerie) et qu'il devait prendre conseil des agnats de sa femme. Cette décision que l'auteur attribue à Romulus n'est qu'une coutume formée à l'époque royale. V. sur la valeur des *leges regiae* et de leur attribution à tel ou tel roi, Girard, Textes, p. 3 et 4.

(12) V. sur l'étendue du droit du père sur ses descendants à l'époque ancienne Denys d'Halicarnasse (2, 26, 27; Girard, Textes, p. 6, n° 5) cf. Collat, Leg. M. et R., 4-8.

(13) Gaius, 3, § 199 (cf. In. 4, 1, § 9), 1, § 134, fr. 1, § 2 D. 6-1 (et sur ce dernier texte v. Niedermeyer z. s. s. f. R., t. 50 (1930), p. 105-106 et les auteurs cités). V. encore les textes littéraires cités par M. Declareuil, *op. cit.*, p. 105. Ce sont là incontestablement les survivances d'un ancien *dominium* du père sur le fils (v. toutefois en sens contraire Mandry Familieng., t. I, p. 31 et Willems, Coup d'œil sur l'étendue de la puissance paternelle à Rome dans Musée Belge t. 3 (1899), p. 230 s.).

(14) V. Cicéron, *pro domo* 27; Aulu Gelle, 5, 19; Papinien dans *Collatio Leg. M. et R.* 4-8. Il semble résulter du texte de Papinien que le *jus vitæ necisque* a été donné aux *patresfamilias* sur leurs descendants par une loi royale (cf. Denys, 2, 26, 27) mais nous savons ce qu'il faut entendre par là.

M. Cuq présente ce *jus vitæ necisque* comme constituant dès

vendendi, qui s'est maintenu au moins théoriquement fort longtemps à Rome ⁽¹⁵⁾. Enfin, nous le verrons, le droit d'acquisition du père par l'intermédiaire de ses fils apparaît comme une sorte d'accession et ne présente aucune différence avec le droit d'acquisition par l'intermédiaire des esclaves.

Ainsi, les femmes *in manu* et les fils étaient originellement soumis à un droit de propriété comme les esclaves et les *res*. Mais, de bonne heure, la conscience

l'origine à l'égard du fils un droit de juridiction domestique. Mais cela semble difficile à admettre si l'on songe que le *paterfamilias* pouvait exposer ou tuer ses enfants en bas âge. Denys d'Halicarnasse 2, 15 (Girard, Textes⁶, p. 6, in fine) prétend que Romulus aurait défendu aux *patresfamilias* de tuer leurs enfants avant l'âge de trois ans, à moins qu'ils ne soient difformes; mais cette interdiction appartient plus vraisemblablement à la loi des XII Tables (Cic. de leg. 3-8 : « *Cito ablegatus tanquam ex XII Tabulis insignis ad deformitatem puer* », v. l'interprétation que M. Bonfante H. du D. R., t. 1, p. 185, donne à ce texte).

De tout temps cependant l'opinion publique et le sentiment naturel d'affection qui unit le père à ses enfants ont atténué en fait la rigueur de la *patria potestas* : v. l'article de M. Cornil, Contribution à l'étude de la *patria potestas* dans N. R. H., t. 21, p. 416. M. Senn, dans un article récent (La famille antique et la famille moderne; Le maintien et la défense de la famille par le droit Paris, 1930, p. 3 suiv.), après avoir montré le caractère absolu de la puissance que le *pater* possédait primitivement sur les membres de sa *domus*, s'empresse d'ajouter (p. 7) : « Disons toutefois, pour établir la vérité, que nous savons par les annalistes et les historiens de Rome que la rigueur qui pouvait résulter de l'absolu de cette puissance était souvent atténuée, dans la vie de chaque jour par les mœurs et la religion ».

(15) Un fait curieux c'est que la vente du fils ne fait disparaître que momentanément le pouvoir du père. Après affranchissement, le fils retombe *in potestate patris*. La loi des XII Tables, qui a limité à trois fois le droit du père d'aliéner ses enfants, dit en effet : « *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* ». Selon M. de Jhering, Esprit du droit romain, t. 2, p. 179 et M. Cuq, Institutions², t. 1, p. 50-51 (Cf. Willems, *op. cit.*, p. 217), la mancipation du fils n'aurait été primitivement qu'un mode de louage; au bout d'un lustre le fils serait retombé de plein droit *in potestate patris* et la loi des XII Tables aurait ainsi limité, non un *jus vendendi*, mais le droit de louer les services du fils. Cette conjecture nous semble peu vraisemblable. Il est fort possible que cette mancipation ait permis de réaliser un louage des services du fils. Mais la loi ne serait sans doute pas intervenue si la mancipation *filii* n'avait pas pu avoir d'autres effets, ou n'en avait pas eu d'autres normalement.

juridique s'affinant, les Romains conçurent le droit du *paterfamilias* sur sa femme et ses enfants comme différent du droit sur les esclaves et les choses corporelles. La puissance maritale (*manus*) fut la première à s'en distinguer; ce fut le tour ensuite de la puissance paternelle (*patria potestas*). Mais, pendant longtemps, la différence entre le *dominium* et la *patria potestas* sera plus théorique qu'effective.

A cette évolution dans la nature de la puissance paternelle correspond une évolution dans la personnalité juridique du fils. Le fils jadis soumis à un *dominium* comme l'esclave, n'avait vraisemblablement à l'origine pas plus de droits que lui.

Il ne devait pas avoir primitivement la jouissance des droits publics et politiques. On admet en général que l'état romain a été constitué par la réunion à un moment donné de groupements antérieurement constitués : *domus, gentes, tribus* ⁽¹⁶⁾. Dans une semblable société le groupe devait compter plus que l'individu et l'on comprend que la personnalité politique du fils ait été tout d'abord absorbée par celle de son *paterfamilias*.

Nous verrons également que le *filius* ne pouvait pas anciennement s'obliger ou défendre en justice.

Cependant, même à une très ancienne époque, la situation juridique du fils n'était pas absolument identique à celle de l'esclave. En effet, le fils qui ne peut

(16) V. notamment Fustel de Coulange, la Cité Antique, p. 143. Comme l'état romain, les cités helléniques furent constituées par la réunion de familles déjà organisées selon le type patriarcal, v. Beauchet, *op. cit.*, t. 1, p. 3, 4 et 5; Fustel de Coulange, l. c.

exercer du vivant de son père aucun droit de puissance est cependant considéré dès ce moment comme lié par les rapports de parenté qui y donneront naissance plus tard ⁽¹⁷⁾. En outre, le système de la co-propriété familiale, alors en pleine vigueur, bien qu'il ne procurât au fils aucun droit immédiat, impliquait chez lui une personnalité juridique au moins latente ⁽¹⁸⁾.

(17) L'enfant, une fois accepté par son *paterfamilias* (élévation) entraînait dans la famille de ce dernier lorsqu'il avait été associé au culte domestique par la cérémonie religieuse de la *lustratio* (Tertullien de id. 16, v. Cuq, Les Institutions juridiques des Romains, t. I, p. 159).

(18) Elle seule peut expliquer les règles relatives à la succession des *heredes sui*. Les jurisconsultes eux-mêmes le reconnaissent (fr. 11 D. 28-2; Gaius, Com. 2, § 157; § 2 Inst. 2, 18; Collatio, 16, 3, § 6).

Signalons que le mot *heres* formé pour les héritiers siens, vient peut-être du mot *herus* qui désigne le propriétaire (V. toutefois en sens contraire : Segré, Ricerche di diritto ereditario romano, Roma 1930, p. 26).

L'existence de cette co-propriété familiale dans l'ancien droit romain est en général admise (v. récemment en ce sens : Collinet et Giffard, Précis de droit romain², t. I, p. 381; Cuq, Manuel, p. 677; Segré, *op. cit.*, p. 51). Quelques auteurs cependant l'ont contestée (V. Bonfante, Histoire du droit romain, t. I, p. 194 suiv.; Betti Corso, t. 1, p. 152 — cf. Mandry Familiengüterrecht, t. I, p. 23 suiv. — Cf. encore, La Pira, *La successione ereditaria intesta e contro il testamento in diritto romano*, p. 12).

Selon M. Bonfante, la succession testamentaire aurait précédé à Rome la succession *ab intestat*. S'il en était ainsi on ne pourrait guère rechercher les origines de la vocation des *sui* dans une ancienne co-propriété familiale. Mais cette conjecture de M. Bonfante n'est pas vraisemblable. Le testament primitif, qui se faisait selon un cérémonial compliqué (autorisation des Pontifes, vote des comices), ne pouvait être qu'un acte exceptionnel.

M. Betti s'efforce d'écarter les arguments que l'on peut déduire en faveur d'une ancienne co-propriété familiale des textes que nous avons cités en ce sens. Ces textes s'inspireraient d'une idée nouvelle. A l'époque classique, la famille aurait perdu son ancien caractère de groupe politique pour devenir un consortium domestique. On protège les descendants contre les dispositions testamentaires du *paterfamilias* et on leur reconnaît ainsi un droit sur le patrimoine de celui-ci. C'est cette idée nouvelle que traduirait Gaius au § 157 de son Com. 2. Mais les règles spéciales à la succession des *sui heredes* ne datent pas de l'époque classique. Comment les expliquer, sinon par la co-propriété familiale ? Les jurisconsultes classiques eux-mêmes n'ont pas trouvé d'autres explications. Mais, comme à leur époque la co-propriété n'existait plus, ils nous présentent sous la forme d'une fiction ce qui était autrefois la réalité (*vivo quoque parente quodam modo domini existimantur*).

Cela dut de très bonne heure faire naître cette idée que le fils était un homme libre, qu'il pouvait jouir de droits, et que la puissance de son *pater* ne devait pas être considérée comme un *dominium*.

Ajoutons que l'incorporation des fils dans l'armée devait naturellement faire reconnaître à ceux-ci la jouissance des droits publics et politiques. L'armée est, en effet, à certains égards, l'assemblée du peuple ⁽¹⁹⁾.

II. Ainsi, au moment où nous la considérons, la situation juridique du fils a été l'objet d'une double évolution. Le fils, jadis soumis à un *dominium* n'est plus soumis qu'à la *patria potestas*; sa personnalité juridique est maintenant ouvertement reconnue et on lui a accordé la jouissance d'un certain nombre de droits. Cependant, cette double transformation n'a porté aucune atteinte à l'ancienne organisation patriarcale de la famille. Ce qu'il y a d'essentiel dans le système patriarcal c'est le droit de puissance du *paterfamilias* sur tous les membres de la *domus* et la concentration entre ses mains de toute la fortune familiale. Or le fils ne peut exercer aucun droit de puissance ni avoir aucun patrimoine actif. Seulement, ces deux incapacités ne dérivent plus de l'absence de personnalité ju-

(19) C'est ainsi qu'en cas de guerre le testament comitial est remplacé par le testament *in procinctu*; c'est-à-dire par le testament fait, non plus *comitiis calatis*, mais devant l'armée en armes prête à partir en campagne (Gaius, C. II, § 101).

Selon MM. Desserteaux (Contribution à l'étude de l'édit, R. H. de droit, t. 36, 1912, p. 444) et Le Bras (Esquisse, Bibliographie et conclusions d'un cours de Pandectes, Revue Internationale de l'enseignement, t. 85, 1931, p. 259), c'est grâce au « procédé traditionnel d'assimilation » (*loco esse patris familias*) que l'on aurait progressivement reconnu la capacité du fils en droit public.

ridique du fils, mais de l'existence de deux droits correspondants appartenant au père et compris dans la *patria potestas*. De même que le droit exclusif du *paterfamilias* à l'intérieur de la *domus* est la raison pour laquelle la *patria potestas* est refusée au fils sur ses descendants, de même c'est le droit d'acquisition du *paterfamilias* qui fonde et qui limite l'incapacité patrimoniale du fils ; aussi celle-ci est-elle uniquement active ⁽²⁰⁾.

Le fils, comme l'esclave, est pour son *paterfamilias* une source de revenus, et cela autant par son activité matérielle que par son activité juridique. Ce *jus adquirendi* du *pater*, droit essentiel au système patriarcal et qui s'est formé à un moment où le fils, n'ayant aucune personnalité juridique effective, était soumis à un droit de propriété, ne présente aucune différence avec le droit d'acquisition par l'intermédiaire des esclaves.

Les acquisitions faites par le fils vont de plein droit et comme par accession au *paterfamilias* ⁽²¹⁾. Le fils, de même que l'esclave, peut rendre meilleure la condition de son *paterfamilias*, il ne peut la rendre pi-

(20) Mandry (Famlieng., t. I, p. 28) ne veut pas admettre cette explication. L'incapacité du fils est, à son avis, une conséquence de la *patria potestas*, non du droit d'acquisition du *paterfamilias*; et il en conclut que l'incapacité patrimoniale du fils est une incapacité proprement dite (Vermögensunfähigkeit), non une absence de patrimoine (Vermögenslosigkeit). Discussion jugée inutile et d'une subtilité excessive par M. Bonfante (Corso, t. I, p. 90). Les arguments invoqués par Mandry sont peu probants; au reste l'explication que nous donnons est justifiée si les conséquences que nous en déduisons sont exactes.

(21) Fr. 79 D. 29-2; 45 pr. D. 45-1; §§ 4 et 13 Inst. 3, 19. Mais, comme l'esclave et pour la même raison, le fils ne peut faire addition d'hérédité que sur l'ordre du *pater* : Gaius, Com. 2, § 87; Ulp., Reg. 19, 19; fr. 6, pr. D. 29-2.

re (22). Tous les droits que l'esclave peut acquérir à son maître, le fils peut les acquérir à son *paterfamilias* (23) et les mêmes actes juridiques lui sont accessibles (24), les mêmes lui sont interdits. Ainsi, le fils ne peut prendre part, ni à l'*adjudicatio*, ni à l'*in jure cessio* (25), car, à l'origine, il n'était pas capable de paraître en justice, il n'était pas *capax legis* comme le dit la loi 18 des Fragments du Sinaï (26). Lorsque l'acquisition se produit au moyen d'un acte juridique, la validité de cet acte s'apprécie *ex persona filii* quant à la capacité naturelle, *ex persona patris familias* quant à la capacité de droit (27). La personne du fils se confond ainsi avec celle de son père comme celle de l'esclave se confond avec celle de son maître ; d'où cette conséquence : aucun acte juridique n'est possible entre le *paterfamilias* et ses fils (28).

C'est ce droit d'acquisition du *paterfamilias* qui fonde et qui limite, nous l'avons déjà dit, l'incapacité patrimoniale du fils. Cela semble évident si on examine les droits qui sont accordés au fils et ceux qui lui sont refusés.

Le fils ne peut avoir aucun patrimoine actif, car tout ce qu'il acquiert va au *paterfamilias* ; son incapacité

(22) Cf. 2, § 1, D. 50-12.

(23) V. pour le principe : Gaius, Com. 2, §§ 86 et 87 (cf. fr. 10, pr. § 1 D. 41-1) ; Ulp., Reg. 19-18 ; et pour des exemples : Gaius, Comm. 2, §§ 87, 89 ; Ulp. Reg., 19, 18, 19.

(24) Gaius, Com. 2, § 87 ; Ulp. Reg. 19-18.

(25) Gaius, Com. 2, § 96 ; Fr. Vat. 51.

(26) Girard, Textes, p. 619.

(27) V. fr. 40 § 1, D. 28-5.

(28) Gaius, Com. 2, § 244 ; 3, § 104 ; 4, § 78 ; fr. 2 pr. D. 18-1 ; 15, § 1 D. 49-17.

est même devenue plus complète avec la disparition de son droit latent de copropriétaire. Au système de la copropriété familiale succéda le système de la propriété individuelle. L'ancienne copropriété familiale a sans doute laissé à la fin de la période du *jus civile* ou même à l'époque classique des traces certaines, mais elle n'existe plus. Si les jurisconsultes y font encore allusion, c'est parce qu'il est impossible d'expliquer d'une façon différente la vocation nécessaire des *sui*. Mais ils prennent bien soin de nous dire que ce n'est là qu'une image. Les *heredes sui* sont *vivo patre, quodammodo domini*, disent Gaius ⁽²⁹⁾ et Paul ⁽³⁰⁾. La succession des héritiers siens a d'ailleurs perdu dans le droit prétorien son caractère de nécessité ⁽³¹⁾.

A d'autres égards, l'incapacité patrimoniale active du fils est moins grande qu'auparavant. Elle disparaît, en effet, lorsque le *jus adquirendi* du *paterfamilias* n'est pas en jeu. Un bon exemple nous en est donné par Gaius ⁽³²⁾ au cas d'adstipulation. La créance acquise par adstipulation devait rester personnelle au stipulant. Lorsque celui-ci était un esclave ou une personne *in mancipio*, l'adstipulation était nulle : « *nihil agit* », dit Gaius. Lorsque c'était un fils, l'opération était valable : « *agit aliquid* », dit Gaius, et le jurisconsulte ajoute que la créance acquise au fils pouvait donner lieu à une action après l'extinction de la puissance paternelle ⁽³³⁾.

(29) Gaius, Com. 2, § 157.

(30) Fr. 11, D. 28-2, Paulus *lib. 2 ad Sabinum*.

(31) Gaius, Com. 2, § 158.

(32) Gaius, Com. 3, § 144.

(33) Cf. Desserteaux, *op. cit.*, t. 2 (1) p. 232; Declareuil, *op. cit.*, p. 134.

En ce qui concerne la capacité patrimoniale passive, une distinction doit être faite entre le *filius* et la *filia familias*. Un texte de Gaius prouve (du moins tel qu'il a été reconstitué par Studemund) qu'à l'époque de ce jurisconsulte la *filia familias* n'était pas encore capable de s'obliger par ses contrats ⁽³⁴⁾. La question, jadis controversée, de l'incapacité patrimoniale passive des filles ne se pose plus que pour l'époque postérieure à Gaius ⁽³⁵⁾. La *filia* n'est d'ailleurs frappée que d'une incapacité de fait, tenant à son sexe ⁽³⁶⁾.

Le *filius familias*, au contraire, peut s'obliger, en droit classique, aussi bien par ses contrats que par ses délits ⁽³⁷⁾. Mais il n'en a certainement pas été ainsi dès l'origine ⁽³⁸⁾. Il eut été contraire à l'esprit de l'ancien droit romain que de reconnaître une dette ne pou-

(34) Gaius, Com. 3, § 104 : « *Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler qui juri meo subjectus est, item si is a me stipuletur. Sed servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est non solum ipsi, cujus juri subjecti subjectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli* ». V. les autres arguments invoqués en ce sens par Girard, Manuel, p. 488, n. 3.

(35) Selon Girard, l. c. l'incapacité de la *filia* aurait « subsisté, comme subsistait théoriquement, en dépit de toutes les atténuations pratiques, l'incapacité de la femme en tutelle, tant que cette dernière a survécu, jusqu'après Dioclétien ».

(36) Girard, op. cit., p. 148; 487.

(37) La règle est formulée très nettement par Gaius au fr. 39 D. 44-7 (Gaius, lib. 3 ad ed. prov.) : « *Filius familias ex omnibus causis tanquam parterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patre familias potest* ».

Selon M. Desserteaux (Contribution à l'étude de l'édit, R. H. de droit, t. 36, 1912, p. 440 suiv.) et Le Bras (Esquisse, bibliographie et conclusions d'un cours de Pandectes, Revue Internationale de l'enseignement, t. 85, 1931, p. 251-252), c'est au moyen d'une fiction (*tanquam pater*) que les jurisconsultes auraient fait admettre en droit civil la capacité de s'obliger du fils de famille. V. sur la généralité du principe affirmé par Gaius : Le Bras, l. c.

(38) Cela est ordinairement admis par les auteurs, v. ainsi Mandry, Familiengüterrecht, t. I, p. 340 suiv.; Cuq, Institutions, t. I, p. 48, n. 4; Desserteaux, op. cit., p. 435-439; Girard, Manuel, p. 486, n. 7; Declareuil, op. cit., p. 13; Bonfante Corso, t. I, p. 92 suiv.; Le Bras, op. cit., p. 251 suiv.

vant donner lieu à aucune poursuite. Or, on ne devait pas, à l'époque ancienne, admettre une exécution sur la personne du *filius* en raison de ses dettes contractuelles. L'a-t-on même admis à l'époque classique⁽³⁹⁾ ? En outre, l'extinction des dettes par la *capitis deminutio minima* implique que, au moment où cette règle s'est formée, les fils n'étaient pas encore capables de s'obliger⁽⁴⁰⁾.

Mais la capacité patrimoniale passive du *filius familias* remonte à la fin de l'époque républicaine⁽⁴¹⁾. Elle était connue de Cicéron⁽⁴²⁾.

De même, la possibilité pour le fils d'agir en justice, d'y défendre en raison de ses dettes, même de faire l'objet d'une action *judicati*, attestée pour l'époque classique⁽⁴³⁾, existait déjà à l'époque du *jus civile*, sans remonter cependant au delà de la procédure formulaire, comme l'indique le fr. 18 des Fragments du Sinaï⁽⁴⁴⁾.

Ainsi, au moment de l'édit sur l'action *de peculio*, la capacité juridique du fils a été reconnue aussi largement qu'on pouvait le faire sans porter atteinte à l'ancienne organisation familiale. Et ce sont les principes anciens qui ont fait maintenir l'incapacité du

(39) V. les arguments *pro* et *contra* indiqués par M. Le Bras, *op. cit.*, p. 255. — Selon Costa on l'aurait admis dès l'époque de Cicéron. L'auteur (*op. cit.*, t. I, p. 51-52) cite en ce sens le texte suivant de Cicéron : *Phil.*, 2, 18, 45.

(40) Mandry; Desserteaux; Bonfante, *ll. cc.*

(41) Selon M. Desserteaux (*op. cit.* p. 423 suiv. Cf. Declareuil, *op. cit.* p. 13), cette capacité aurait été reconnue seulement au début de l'empire. Mais l'argument que l'on déduisait en ce sens de l'édit *de capite minutis* est écarté par M. Le Bras (*op. cit.* p. 252).

(42) V. Philipp, 2, 18, 45 (également Horace *Sat.* 1, 2, 16-17). — V. Costa, *op. cit.*, t. I, p. 52, n. 1; Le Bras, *l. c.*

(43) Fr. 39 D. 44-7.

(44) Girard, Textes, p. 619.

fiis dans le domaine des droits privés. Le droit postérieur sans doute est allé plus loin ; il a adouci la *patria potestas* et il a élargi la capacité juridique du fiis. Mais les Romains n'ont jamais abandonné complètement le système primitif ⁽⁴⁵⁾. La *patria potestas* se présente encore à la fin de l'empire comme un droit viager. Sans doute, avec les *bona adventitia* se trouve reconnue la capacité patrimoniale du fiis, mais il faut attendre la réforme jusqu'au Bas Empire. A l'époque classique, le pécule castrense n'est qu'une exception timidement hasardée par les empereurs au principe de l'unité du patrimoine familial. Son retour de plein droit au patrimoine du *paterfamilias*, le nom même de pécule qui lui est donné montrent quel soin l'on a pris pour ne pas heurter de front les anciens principes.

L'incapacité patrimoniale du fiis, plus choquante que celle de l'esclave, reposait sur une si vieille tradition qu'on n'osait pas la faire disparaître, et, à l'époque classique, elle est à maintes reprises proclamée par les jurisconsultes.

(45) V. en dernier lieu Senn, *op. cit.* p. 9-10.

TITRE II

LA REFORME PRETORIENNE. — LE ROLE ECONOMIQUE ET SOCIAL DU PECULE

1. Transformations économiques et sociales de la Rome primitive au cours de la période républicaine. — Inconvénients résultant de l'incapacité patrimoniale des *subjecti* et de l'impossibilité d'une représentation passive du *paterfamilias*. — 2. La réforme prétorienne. — L'édit sur l'action de *peculio*. — 3. Le rôle du pécule après l'édit. — Utilité de l'action de *peculio* en comparaison avec les actions adjectices *in solidum*. — 4. Origine du pécule. — 5. Raisons qui rendent a priori vraisemblable une évolution de cette institution pendant le cours de l'époque classique.

I. L'incapacité patrimoniale, qui frappait les esclaves et les fils dans les limites que nous venons de préciser, présentait, à la fin de la période républicaine, de très graves inconvénients, au double point de vue économique et social. On comprend aisément que les *subjecti*, ne pouvant, ni acquitter leurs dettes (quelle qu'en soit la validité), ni obliger leur *paterfamilias*, se soient trouvés exclus, sinon en droit du moins en fait, de la vie commerciale et juridique, qu'ils agissent en leur nom ou en celui du *paterfamilias*. Ce fut là une situation préjudiciable lorsque les grandes conquêtes eurent entraîné un bouleversement complet dans l'économie et dans les mœurs des Romains.

Nous savons par les nombreux témoignages des sources littéraires quelle place prépondérante l'agriculture occupait primitivement dans l'économie ro-

maine ⁽¹⁾. Les Romains de la première époque vivent, non pas à Rome qui n'est qu'un lieu de réunion ⁽²⁾, mais à la campagne, au milieu de leur exploitation agricole. Le commerce fit tout d'abord, pour ainsi dire, défaut et il fut pendant longtemps rudimentaire. Le peu d'étendue des propriétés foncières ⁽³⁾ et la défectuosité des méthodes agricoles ne permettaient guère une surproduction. Chaque *domus* se suffisait à elle-même sans vendre ni acheter ⁽⁴⁾; tout au plus les *patresfamilias* échangeaient-ils entre eux à l'occasion des *nundinae* les rares objets dont ils pouvaient avoir besoin ⁽⁵⁾. La monnaie ne revêtit qu'assez tard une

(1) La vie exclusivement agricole des premiers siècles de Rome a laissé des traces profondes dans la langue latine, où beaucoup de mots trouvent leur étymologie dans les choses de l'agriculture (noms communs comme *pecunia*, *peculium*, *locuples*, etc.; même certains surnoms donnés à des citoyens). La religion primitive s'occupe d'une manière toute spéciale de l'agriculture; elle protège les bestiaux, notamment le bœuf de labour (Varron de re rust 2, 5, 4).

L'agriculture, même à la fin de la République, ou au début de l'Empire, est en grand honneur; témoins les ouvrages d'économie agraire de Varron, de Caton et de Columelle. A cette époque, on fait l'éloge de quelqu'un en l'appelant un excellent colon (Caton de cult. agri. praef.; Pline H. N. 18, 4, 4-5).

(2) Les chefs de famille se réunissaient tous les neuf jours (*nundinae*) dans l'enceinte de la ville pour y traiter des affaires publiques. Ils étaient amenés à échanger entre eux les rares objets dont ils pouvaient avoir besoin et les *nundinae* constituèrent ainsi des marchés nationaux (v. Huvelin, Cours Élémentaire, t. I, p. 29). Mais ces transactions étaient si peu importantes qu'on ne leur avait pas réservé un jour spécial.

(3) Deux puis sept arpents, à l'époque ancienne. A côté de ces très petites propriétés individuelles il y avait vraisemblablement de plus vastes domaines appartenant à tous les citoyens ou divisées entre les *gentes* (V. en ce sens Girard. Manuel, p. 272-274, et les auteurs cités ici; en sens contraire Bonfante, *op. cit.*, t. I, p. 195 suiv.).

(4) Non seulement la *domus* trouvait sa subsistance dans les produits du travail agricole, mais encore les objets de première nécessité étaient fabriqués par ses membres (Pline 18-28-1; v. Wallon, *op. cit.*, t. 2, p. 10).

(5) Cf. toutefois Ferrero et Barbagallo, Roma Antica, t. 1, p. 16 suiv., selon ces auteurs, Rome aurait été une puissance commerciale pendant une période qui s'étend de la deuxième moitié du septième au sixième siècle avant J. C.

Un commerce et une industrie naissante apparurent à Rome avec la formation de la plèbe. Les Plébéiens sont des étrangers

forme commerciale. Elle consista tout d'abord en têtes de bétail (*pecus*) ; plus tard en lingots de cuivre que l'on était obligé de diviser et de peser. Enfin, lorsque vint l'usage des pièces frappées, celles-ci furent longtemps trop volumineuses et trop lourdes pour être d'un emploi facile. La fortune des particuliers était très modique (6). Elle se composait de quelques arpents de terre, d'objets mobiliers destinés à l'agriculture, de bestiaux et d'esclaves ; ces derniers en nombre si faible que les *patresfamilias* devaient faire appel à la main-d'œuvre libre (7).

Les mœurs de ces agriculteurs peu fortunés étaient naturellement très simples, aussi la forte organisation patriarcale de la famille, l'incapacité patrimoniale et

que Rome a admis sur son territoire, mais sans leur concéder la propriété du sol. Les uns se louèrent alors comme mercenaires libres dans les campagnes ; les autres s'installèrent à Rome où ils formèrent la première population urbaine et exercèrent pour vivre de petits métiers. Cette origine du commerce et de l'industrie, apanage de la partie la plus méprisée de la nation, contribua dans une large mesure à avilir aux yeux des Romains ces formes de l'activité économique. Les artisans libres se groupèrent tôt en corporation (v. Gonnard. Les corporations d'artisans sous la République romaine) ; d'après Cicéron la loi des Douze Tables en aurait autorisé dix (Cic. de leg. 2, 23).

Le commerce se développa progressivement ; il y eut même de bonne heure des sortes de marchés internationaux (v. Huvelin, *op. cit.*, t. 1, p. 31-32) ; et, dès avant les guerres Puniques, les Carthaginois avaient imposé aux Romains des traités de commerce (v. Ferrero et Barbagallo, *op. cit.*, t. 1, p. 27 s. ; Huvelin, *op. cit.*, t. 1, p. 32).

(6) Val. Max. 4, 4, 6 : « *Nullum aut admodum parvi ponderis argentum, paucos servos, septem jugera aridae terrae, indigentia domestica impensa funera, inopes dotium filias, sed egregios consulatus, mirificas dictaturas, innumerabiles triumphos cernimus* ».

(7) V. en ce qui concerne la proportion de la population servile par rapport à la population libre : Wallon, Histoire de l'esclavage, t. 2, p. 12 : Louis, le Travail dans le Monde Romain, p. 56. Le petit nombre des esclaves à l'époque ancienne est attesté par les historiens (Pline, 33, 6, 10 ; Valère Maxime, 4, 4, 8). On peut encore en trouver une preuve dans la désignation des esclaves par le prénom de leur maître. Etant donné le petit nombre des esclaves, la main-d'œuvre libre était assez souvent employée. Valère Maxime (4, 4, 6) nous apprend que Regulus appelé au commandement de l'armée d'Afrique avait confié ses terres à un esclave et à un mercenaire libre.

la dépendance économique des *subjecti* n'avaient-elles rien de choquant. La vie en commun de tous les membres de la *domus*, la direction d'un chef unique étaient même imposées, tant par la modicité des fortunes que par les nécessités de l'exploitation agricole.

Pendant la période républicaine nous assistons à d'importantes transformations ⁽⁸⁾. Dans le domaine économique on constate trois faits principaux : l'apparition des grosses fortunes, la nécessité du commerce, l'accroissement du nombre des esclaves.

A la petite propriété foncière succèdent les *latifundia*. La concentration de la fortune immobilière s'est réalisée progressivement depuis le quatrième siècle avant l'ère chrétienne. Elle commence avec l'accaparement des domaines de l'*ager publicus* par les plus riches citoyens et elle est réalisée par l'absorption des petites propriétés, conséquence indirecte de la fréquence des guerres et de l'annexion des provinces d'Afrique ⁽⁹⁾. La fortune mobilière s'accrut elle aussi dans des proportions considérables ⁽¹⁰⁾. Le numé-

(8) Sur les transformations économiques et sociales qu'entraînèrent les grandes conquêtes, v. : Huvelin, Histoire du droit commercial romain, p. 26 suiv.

(9) Les plus riches citoyens profitèrent de leur influence politique pour accaparer les domaines de l'*ager publicus* ; ils les incorporèrent peu à peu dans leur propriété privée et cessèrent de payer toute redevance. Ensuite, les guerres entraînèrent la fusion des petites propriétés dans le domaine des riches. Les petits propriétaires, obligés d'abandonner leurs champs pendant la durée des guerres, les vendaient à vil prix, ou ils s'endettaient et leurs biens étaient saisis par leurs créanciers. Enfin, la concurrence du blé d'Afrique a fait abandonner en Italie la culture des céréales devenue trop peu rémunératrice. On lui substitua la culture de la vigne et de l'olivier. Mais, seuls les citoyens disposant d'avances suffisantes purent opérer de semblables transformations ; les autres durent aliéner leurs terres. Nous savons comment les réformes agraires destinées à parer à cette disparition de la petite propriété ont échoué.

(10) V. Louis, *op. cit.*, p. 157.

raire pris pendant les guerres finit par aller aux mains des particuliers. Les esclaves sont de plus en plus nombreux; ce sont des captifs vendus au profit de l'Etat et bientôt il se fit un commerce en grand des esclaves ⁽¹¹⁾.

La vie commerciale — même industrielle — prend un grand essor. Les guerres contribuèrent à son premier développement en entraînant une énorme consommation de richesse.

Ensuite, tandis que la concurrence du blé d'Afrique fit abandonner en Italie la culture des céréales, la population romaine s'accrut considérablement par l'énorme contingent des esclaves. Rome alors ne peut plus se suffire, elle est devenue tributaire des provinces de l'Empire et le commerce est pour elle une nécessité vitale. En outre, la disparition des mœurs primitives très simples, l'apparition du luxe ont fait naître des besoins nouveaux. Enfin, les capitaux abondants et improductifs permettaient la création d'entreprises commerciales et industrielles.

A ces transformations dans le domaine économique correspondent des transformations dans la vie sociale.

Les Romains confient de plus en plus à des préposés esclaves (*villici*) l'exploitation de leurs biens ruraux; ils vivent en ville entourés d'une nombreuse domesticité servile et rivalisent de luxe les uns avec les autres ⁽¹²⁾.

La cohésion de la famille, si forte à l'origine, tend à se relâcher. Le mariage sans *manus* libère la femme

(11) V. Louis, *op. cit.*, p. 169 suiv.

(12) V. Louis, *op. cit.*, p. 162 suiv.

de la puissance maritale et la tutelle économique des fils apparaît de plus en plus gênante.

Ce bouleversement complet dans l'économie et dans le genre de vie des Romains rendait nécessaire une nouvelle adaptation du droit. Le *jus civile*, créé pour un peuple d'agriculteurs aux mœurs très simples, était trop rigide et trop archaïque pour satisfaire aux exigences de la vie nouvelle.

Au dernier siècle de la République, la fortune de beaucoup de citoyens était trop vaste pour l'administration d'une seule personne. Souvent, le même citoyen était, à la fois, propriétaire de domaines ruraux étendus, armateur, commerçant, banquier; et ses capitaux étaient parfois placés dans les contrées les plus diverses. Il fallait que de tels citoyens aient des préposés capables de contracter valablement en leur nom. L'emploi de préposés était d'ailleurs d'autant plus nécessaire qu'on ne s'était pas encore départi du mépris dont on avait entouré, dès l'origine, les occupations commerciales. Enfin, les maîtres avaient à leur disposition de nombreux esclaves, venus de la Grèce ou de Carthage, déjà tout formés pour le commerce et plus habiles que les citoyens romains. Pouvaient-ils en tirer un meilleur parti qu'en les faisant trafiquer pour leur propre compte ⁽¹³⁾ ?

Il importait également d'assurer une indépendance économique à bon nombre d'*in potestate*.

(13) V. en ce qui concerne le rôle des esclaves dans la vie commerciale, Hatzfeld. Les trafiquants italiens, p. 245 suiv.; Juglar, Du rôle des esclaves et des affranchis dans le commerce, thèse Paris, 1894.

Le principe de la non représentation, l'impossibilité pour le *paterfamilias* de devenir débiteur par l'intermédiaire de ses *subjecti*, l'incapacité patrimoniale de ces derniers présentaient, alors, de très graves inconvénients.

II. — Pour remédier à ces inconvénients, le préteur imagina, dès la fin de la période républicaine, un ensemble de moyens de procédure, grâce auxquels le tiers qui avait traité avec une personne en puissance, ou même dans certains cas avec un préposé quelconque du *paterfamilias*, pouvait obtenir de ce dernier le paiement de ce qui lui était dû, soit intégralement, soit dans une mesure déterminée. Les actions prévues par le préteur dans ce but sont groupées avec d'autres encore par les interprètes du droit romain sous la désignation d'actions adjectives, d'*actiones adjecticiæ qualitatis*.

Trois, parmi ces actions, comportaient condamnation *in solidum*, c'est-à-dire pour le montant intégral de la créance du tiers. C'étaient les actions *exercitoria* ⁽¹⁴⁾, *institoria* ⁽¹⁵⁾ et *quod jussu* ⁽¹⁶⁾. Dans les édits relatifs aux actions *exercitoria* et *institoria*, le préteur envisageait l'hypothèse où un *paterfamilias* avait confié à un de ses *subjecti*, ou à un autre individu (homme libre, fils ou esclave d'autrui), la gestion d'un commerce maritime ou terrestre. Il donnait contre le préposant, en raison des contrats conclus dans le ca-

(14) D. 14-1.

(15) D. 14-3.

(16) D. 15-4.

dre de la *praepositio*, l'action *exercitoria*, dans le premier cas, l'action *institoria*, dans le deuxième.

L'action *quod jussu* n'était donnée contre le *paterfamilias* qu'en raison des contrats de personnes en sa puissance. Elle pouvait être intentée lorsque le *paterfamilias* s'était engagé par un *jussus* à reconnaître tel ou tel contrat de l'*in potestate* (17).

Quant aux autres moyens de procédure, ils mettaient en jeu l'institution du pécule et ils ne permettaient au tiers d'obtenir satisfaction que dans une mesure déterminée. Le principal de ces moyens est l'action *de peculio et de in rem verso* (18), qui était donnée en raison des contrats de l'*in potestate*, même à défaut de *praepositio* ou de *jussus* direct (19). Elle entraînait condamnation du *paterfamilias* dans la mesure du pécule et dans celle de son enrichissement (*versio in rem patris dominive*). Après la sortie de puissance de l'*alieni juris*, l'action *de peculio* était encore donnée contre le *paterfamilias* pendant une année utile (*actio annalis de peculio*) (20).

Enfin, lorsque l'*in potestate* avait, à la connaissance du *paterfamilias*, affecté tout ou partie de son pécule à une entreprise commerciale, le prêteur permettait aux tiers, au lieu d'intenter individuellement

(17) « Le *jussum*, dit Girard (Manuel, p. 704, n. 3), est, en dépit des conclusions menteuses souvent tirées de l'acception récente du mot *jubere* et de ses dérivés, non pas un ordre, mais une adhésion, une déclaration par laquelle on assume les conséquences d'un acte. » V., sur le sens ancien du mot *jussus* et sa signification dans le droit privé romain Girard, *l. c.*

(18) D. 15-1 et D. 15-3.

(19) Direct, disons-nous, car le prêteur et les premiers jurisconsultes fondaient la responsabilité du *paterfamilias* relativement à cette action sur un *jussus* indirect et général : la *concessio peculi*.

(20) D. 15-2.

l'action de *peculio*, de se faire payer par le *paterfamilias*, au prorata de leur créance, sur les biens affectés au commerce (*tributio mercis*) ⁽²¹⁾. Le refus du *paterfamilias* de procéder à la *tributio mercis*, ou le dol qu'il commettait au cours de la *tributio*, était sanctionné par l'action *tributoria*, « *quæ actio dolum malum coercet domini* » ⁽²²⁾.

L'action de *peculio et de in rem verso*, ainsi que l'action *annalis* qui en est une forme spéciale, étaient promises dans le même édit que l'action *quod jussu* (*edictum triplex*) ⁽²³⁾.

Comme le montre M. Lenel ⁽²⁴⁾, l'*edictum triplex* était placé dans l'« Edit Perpétuel » sous la rubrique : « *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur* ». Il comprenait d'abord la clause de *peculio* ainsi conçue : « *Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo ejus in cuius potestate erit, factum erit, quo minus peculii esset, in eum in cuius potestate erit, iudicium dabo* ». Dans cette clause était peut-être intercalée la clause de *in rem verso* ⁽²⁵⁾. Venaient ensuite la clause relative à l'action *annalis*, celle relative à l'action *quod jussu*, enfin, comme appendice, l'édit sur le bénéfice de compétence des fils émancipés ou exhéredés.

(21) D. 14-4.

(22) Fr. 7, § 2, D. 14-1 (Ulpianus, *lib. 29 ad ed.*).

(23) Fr. 1, § 1, D. 15-1 (Ulpianus, *lib. 29 ad ed.*) : *Est autem triplex hoc edictum : aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod jussu hinc oritur actio* ».

(24) Edit., t. 1, p. 321 suiv. ; *Edictum Perpetuum*, p. 277.

(25) V. Lenel, édit., t. 1, p. 332 ; *Edictum Perpetuum*, p. 276. Elle aurait été introduite après les mots « *quo minus peculii esset* » et à peu près sous cette forme : « *sive quid inde in rem ejus, in cuius potestate erit, versum erit* ». Lenel, l. c.

Certainement, ces différentes voies de procédure (actions adjectives *in solidum*, *actio de peculio*, *tributio mercis*) n'ont pas été imaginées en même temps. Les édits ou clauses, qui les érigent, ont été rédigés progressivement dans un ordre historique qu'il n'est pas possible de rétablir en l'état actuel des sources. Disons simplement que les actions *institoria* et *de peculio* sont les deux actions sur l'existence desquelles nous possédons les témoignages les plus anciens ⁽²⁶⁾. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir quel est de l'édit sur l'action *de peculio* et de celui sur la *tributio mercis*, le plus ancien ⁽²⁷⁾. A notre avis, c'est plus vraisemblablement le premier.

L'édit sur l'action *de peculio* paraît connu non seulement de Tubéron, mais déjà de Servius.

Ulpien, au livre 29 de ses *libri ad edictum*, dans une longue dissertation relative aux mots de l'édit : « *dumtaxat de peculio* ⁽²⁸⁾, cite une fois Tubéron ⁽²⁹⁾ et deux fois Servius ⁽³⁰⁾. Les problèmes examinés par Ulpien à l'occasion des mots de l'édit l'avaient été sans doute et à cette même occasion par Servius et Tubéron.

Au fr. 5, § 4, D. 15-1 ⁽³¹⁾, Ulpien nous rapporte cette définition donnée du pécule par Tubéron : « *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus lib. 6 digestorum referi, quod servus domini permissu se-*

(26) Celui de Servius. Pour l'action *institoria*, c. fr. 5, § 1, D. 14-2.

(27) Cf. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 221.

(28) Lenel, *Palingenesia*, t. 2, Ulpianus, n° 852.

(29) Fr. 5, § 4, D. 15-1 (cf. fr. 6 ; 7 pr. h. t.).

(30) Fr. 9, § 3 et 17 i. f., D. 15-1

(31) Ulpianus *lib. 29 ad edict.*

paratum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur ». Bien que, dès avant l'édit sur l'action *de peculio*, le pécule pouvant être l'objet de legs ou de vente, n'ait pas été dépourvu de toute importance juridique, il semble cependant que la définition de Tubéron ait été faite en vue de l'action *de peculio*.

Nous croyons d'ailleurs que cette définition avait été déjà donnée à peu près telle quelle par Servius dans son commentaire sur l'édit et qu'elle a été reprise et légèrement simplifiée par son élève Tubéron. Cela paraît bien résulter des §§ 2 et 3 du fr. 9, D. 15-1.

Nous lisons dans ces deux paragraphes : « § 2. *Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia prævenisse dominus et cum servo suo egisse creditur.* — § 3. *Huic definitioni Servius adjecit, et si quid his debeatur qui sunt in ejus potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambit* » (32). Les premiers mots du § 3 ont fait supposer que le § 2 ne contient qu'une citation de Servius (33). Il n'en est rien. Les mots : *huic definitioni* se rapportent à la définition de Tubéron énoncée au fr. 5, § 4.

Le fr. 9, D. 15-1, fait partie, dans le livre 29 des *libri ad edictum* d'Ulpien, d'une longue dissertation relative aux mots de l'édit « *duntaxat de peculio* » (34), et restituée ainsi par M. Lenel : fr. 5, §§ 3 et 4 ; fr. 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, D. 15-1. Ulpien nous

(32) Sur l'authenticité de ce texte, v. *infra*, p. 183 n. 23.

(33) Lenel, *Palingenesia*, t. 2, p. 325, Servius n° 21.

(34) Lenel, *Palingenesia*, t. 2, p. 596, n. 1.

donne tout d'abord une explication du mot *peculium* (fr. 5, § 3), puis la définition de Tubéron (fr. 5, § 4). Cette définition, il va maintenant la commenter. Ulpien s'occupe en premier lieu du *permissus domini*, de la concession (fr. 7, pr., §§ 1, 2 et 3); ensuite, du contenu possible du pécule (fr. 7, § 4); enfin, des éléments qui accroissent de plein droit le pécule (fr. 7, §§ 5, 6, 7 et fr. 9, pr., §§ 1 et 2). Il étudie parmi ceux-ci les créances de l'*alieni juris* contre le *paterfamilias* ou d'autres *subjecti*, ce qui l'amène tout naturellement à parler de la déduction du pécule des dettes envers le maître, et à commenter la dernière proposition de la définition de Tubéron : « *peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse* ». C'est Tubéron qu'il cite ici en reprenant partiellement sa définition⁽³⁵⁾, et il explique ainsi cette proposition : « *quia prævenisse etc.* »⁽³⁶⁾. La définition de Tubéron ne précise pas si la déduction a lieu même pour les dettes envers d'autres *subjecti*. Cette précision, Servius l'ajoutait. Les mots « *huic definitioni* » se rapportent à la définition donnée au début du passage et qui sert de point de départ à la discussion. La phrase « *peculium autem...* » (§ 2) ne constitue pas une définition, elle rappelle celle donnée au fr. 5, § 4. Nous pouvons dès lors supposer que la définition de Tubéron avait été déjà donnée par Servius, qui a écrit un livre sur l'édit, et que Tubé-

(35) Après « *esse* », M. Beseler introduit « *ille scribit* » (v. Z. S. S. f. R. t. 50-1930, p. 52). On doit plutôt ajouter pour les raisons que nous donnons au texte « *Tubero scribit* » ou « *ait* ».

(36) Sur l'authenticité de ces mots v. *infra*, p. 183 n. 23.

ron a repris cette définition en supprimant ce qui avait trait aux dettes envers d'autres *subjecti*, celles-ci étant implicitement mais assez clairement comprises dans les mots : *deducto inde etc.* ⁽³⁷⁾.

L'édit sur l'action *de peculio* est donc antérieur à Servius. Nous nous autorisons de cela pour fixer approximativement à un peu moins d'un siècle avant l'ère chrétienne la date de cet édit.

III. — Les différentes dispositions de l'édit ne faisaient pas double emploi, elles correspondaient à des besoins différents. Tandis que les actions adjectices *in solidum* (*institoria, exercitoria, quod jussu*) permettaient largement une représentation passive du *paterfamilias*, les moyens de procédure relatifs au pécule remédiaient avant tout au principe de l'incapacité patrimoniale des *subjecti* ⁽³⁸⁾. Ils faisaient du pécule un gage que l'*alieni juris* pouvait offrir à ses créanciers contractuels, même lorsqu'il n'agissait pas

(37) Cf. Vernay, Servius et son école, p. 145. Il était inutile de parler des dettes envers d'autres *subjecti*, puisque celles-ci sont dettes envers le *paterfamilias*. M. Beseler cependant supprime au fr. 9, § 3, comme étant une glose, la phrase « *quoniam, etc.* » (v. B., t. 2, p. 25 et Z. S. S. f. R., t. 50-1930, p. 52). Mais cette phrase, qui nous paraît correcte quant à la forme, contient une idée classique (v. fr. 38 pr., D. 12-6).

(38) Dans le droit grec, la même nécessité ne se faisait sentir que pour les esclaves. Les fils sortaient de puissance à leur majorité (— l'âge de la majorité variait suivant les villes ; à Athènes il était fixé à 18 ans. — V. Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne, t. 2, p. 103 suiv.). Les esclaves grecs avaient un pécule avec lequel ils commerçaient comme les esclaves romains (V. Beauchet, *op. cit.*, t. 2, p. 445 suiv.). Cependant, il n'y avait pas, pour sanctionner leurs contrats, une action analogue à l'action *de peculio* et l'on peut supposer avec M. Beauchet (*op. cit.*, t. 2, p. 457) qu'on avait étendu à la matière des contrats les règles admises touchant la responsabilité du maître en raison des actes délictueux de ses esclaves. Selon M. Révillout (Les obligations en droit égyptien, p. 57-58), les pécules d'esclaves auraient également joué à Babylone un rôle très important.

à titre de préposé du *paterfamilias* ou conformément à un *jussus* direct de celui-ci.

Nous devons brièvement indiquer l'utilisation possible, l'intérêt économique et social du pécule après la réforme prétorienne.

Le pécule pouvait tout d'abord servir à la gestion des biens du *paterfamilias*, et cela, avec souvent pour ce dernier plus d'avantages que ne lui en aurait procuré une simple *præpositio* ⁽³⁹⁾. La chose peut surprendre, surtout si l'on songe qu'en fait les maîtres ne retiraient jamais à leurs esclaves le pécule qu'ils leur avaient concédé. Que le pécule s'accroisse sous l'effet d'une bonne gestion, l'esclave seul, semble-t-il, devait en bénéficier. Cependant le pécule, qui appartenait au maître, fait retour au patrimoine direct de celui-ci à la mort de l'esclave et souvent le maître affranchissait les esclaves qui avaient su s'enrichir moyennant remise de tout ou partie de leur pécule ; il recevait ainsi une somme bien supérieure à celle qu'il avait primitivement concédée ⁽⁴⁰⁾. Mais surtout, le maître, qui veut faire un placement de ce genre, stipule de son esclave une redevance fixe. Et alors, ou bien il lui loue une terre moyennant un loyer de tant par année et lui concède en pécule le surplus des

(39) V. sur la question : Juglar, Du rôle des esclaves et des affranchis dans le commerce, thèse, Paris, 1894, p. 3 suiv., principalement p. 11 suiv.

(40) Comme le remarque M. Juglar (*op. cit.*, p. 18 suiv.), c'était là en fait bien souvent le partage d'une sorte de société ayant existé entre le maître et son esclave et que le maître avait tendance à faire durer après l'affranchissement. Il y eut d'ailleurs de la part des maîtres de tels abus que la jurisprudence classique, dès l'époque de Labéon, crut nécessaire d'intervenir en interdisant les sociétés entre maîtres et affranchis faites *libertatis causa*. V. fr. 36 D. 38-1.

bénéfices ⁽⁴¹⁾; ou bien il lui donne un capital destiné à une entreprise commerciale moyennant une redevance fixe ou même une participation dans les bénéfices ⁽⁴²⁾. Ce procédé présentait sur la *præpositio* directe plusieurs avantages : il stimulait l'activité de l'esclave par l'espoir d'un gain personnel, il enlevait au maître le souci de la surveillance et il limitait au pécule sa responsabilité. Il était également préférable à la location ou au prêt à des tiers. En effet, non seulement le maître touchait le revenu fixe stipulé, mais encore il bénéficiait indirectement de tout le gain réalisé par l'*alieni juris*.

Le maître pouvait même laisser l'esclave libre d'utiliser comme bon lui semblerait son activité, se louer à des tiers, entreprendre un commerce avec ses économies ou de l'argent emprunté, à charge de subvenir lui-même à son entretien et de payer à son maître une redevance ⁽⁴³⁾. Un tel esclave ne coûtait rien à son maître et il lui procurait, outre un revenu fixe, souvent de sérieux bénéfices indirects par l'accroissement de son pécule.

Mais, dans son emploi le plus courant, le pécule n'excluait pas la *præpositio*, il en était même le complément nécessaire. Il assurait tout d'abord à l'*alieni juris* préposé un complément fort utile de crédit. En effet, lorsque le gérant était un homme libre, celui-ci se trouvait personnellement obligé (la représentation étant imparfaite), de sorte que, si par erreur le con-

(41) V. fr. 16 D. 15-3; 20, § 1; 12, § 3, D. 33-7; 14 pr. D. 40-7.

(42) V. fr. 19, § 1, D. 33-7.

(43) Fr. 14 pr. D. 40-7, cf. fr. 7, § 2, D. 15-3.

trat avait été conclu au delà de la *præpositio*, les tiers ne pouvant plus agir contre le mandant avaient du moins un recours sur le patrimoine du mandataire. Mais, lorsque le préposé était un *alieni juris*, sans l'action *de peculio* et sans la concession d'un pécule, les tiers auraient été complètement démunis. Le pécule était pour l'*alieni juris* un complément de crédit comme l'était pour l'homme libre préposé son patrimoine ⁽⁴⁴⁾.

Le pécule assurait de même une plus grande fidélité de la part d'esclaves préposés à un commerce maritime ou pour une raison quelconque résidant loin du maître. Le maître devait craindre que de tels esclaves ne songent à s'enfuir alors qu'ils n'étaient sous la surveillance de personne. Il fallait, dans ces conditions, leur assurer une situation si avantageuse que l'esclavage leur parut préférable à la liberté. Et certainement les esclaves, possesseurs d'un important pécule qui leur permettait une vie large, ne devaient guère songer à s'enfuir ⁽⁴⁵⁾.

D'ailleurs il fallait bien assurer à ces esclaves une existence indépendante et il était commode de leur confier une fois pour toutes un pécule avec les revenus duquel ils devaient subvenir à leur entretien.

La même nécessité se faisait sentir pour les fils parvenus à une certaine situation sociale. Nous avons

(44) V. Juglar, *op. cit.*, p. 12.

(45) De bonne heure des concessions importantes de pécule avaient été faites aux *villici* (intendants des campagnes) et les économistes, tout en recommandant aux maîtres de semblables concessions, reprochaient aux *villici* le luxe trop grand dont ils faisaient étalage.

vu pour quelles raisons on ne pouvait plus admettre la vie en commun de tous les membres de la *domus*.

IV. — Toutefois, s'il est exact que la réforme prétorienne a permis au pécule de jouer un rôle considérable au double point de vue économique et social, il ne faut pas considérer le pécule comme une institution récente ni en attribuer la création au préteur. Le pécule est fort ancien à Rome et il est né spontanément de la pratique à un moment où l'incapacité patrimoniale des personnes en puissance ne présentait encore aucun inconvénient.

Sans doute, les comédies de Plaute nous en révèlent pour la première fois l'existence d'une façon certaine. Mais, à cette époque, le pécule apparaît d'un usage si constant et si généralisé (au moins à l'égard des esclaves) que l'on peut conclure sans témérité à sa plus grande ancienneté ⁽⁴⁶⁾. D'ailleurs l'idée d'en-

(46) V. Mandry, *Familiengüterrecht*, t. 2, p. 25. — On a fait valoir également, en ce sens, soit l'anecdote de *Spurius Cassius*, soit la règle des Douze Tables rapportée par *Ulpien* (*Règles*, 2, 4). Arguments contestables (cf. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 24-25). On a invoqué encore l'étymologie du mot *peculium*. Il dériverait de *pecus* et se serait ainsi formé à une époque où la fortune consistait en bestiaux. Les Romains n'étaient pas d'accord sur l'étymologie de ce mot. *Varron* le fait dériver de *pecus* (cf. de *re rustica*, 1, 2) ; *Ulpien* (fr. 5, § 3, D. 15-1) le fait dériver de *pecunia*, dans le sens où les Douze Tables entendent ce terme. Même selon cette seconde étymologie, le mot *peculium* pourrait être ancien. Toutefois, l'ancienneté certaine du mot *peculium* n'a pas été jugée par certains auteurs comme une preuve de celle de l'institution qu'il désigne dès la fin de la république. De *Jhering* (*Esprit du droit romain*, t. 2, p. 241 suiv.), qui fait dériver *peculium* de *pecus*, pense que *peculium* désignait primitivement la fortune mobilière des clients. De bonne heure, les *patresfamilias* auraient pris sous leur protection des étrangers auxquels ils auraient remis gracieusement une partie de leurs biens immeubles (*precarium* et origine du précaire) ; les biens mobiliers acquis par les clients avec les revenus de ce fonds ou servant à son exploitation auraient constitué en fait leur patrimoine sous le nom de pécule. « L'industrie agricole séparée que ce mot désigne, dit *Jhering* (*op. cit.*, t. 2, p. 243) est beaucoup moins probable pour le fils de famille ; pour

courager le zèle des serviteurs de la *domus* par des gratifications notamment par l'abandon de quelques-uns des bestiaux dont ils avaient le soin devait se présenter tout naturellement à l'esprit des *patresfamilias*.⁽⁴⁷⁾ En fait, il est à présumer que le pécule se composait primitivement de bestiaux, d'*oves pecu- liares* comme le dira Plaute⁽⁴⁸⁾. Plus tard, lorsqu'il fut en usage de remettre aux esclaves une somme fixe avec laquelle ils devaient se suffire, les *patresfamili- as* s'efforcèrent de développer chez eux l'esprit d'é- pargne en leur laissant en pécule les économies qu'ils faisaient⁽⁴⁹⁾. « Le pécule, dit M. Wallon⁽⁵⁰⁾, c'était presque de la vertu » et nous savons que l'on faisait grand cas des esclaves économes qui avaient su amas-

l'esclave elle ne saurait se comprendre... Il n'était nullement nécessaire, ajoute l'auteur à la page suivante, d'accorder au fils ou à l'esclave une fortune distincte, mais lorsque ce fait se produisit, on fut amené tout naturellement à lui appliquer l'expres- sion déjà connue de *peculium*. » Si cette théorie était exacte, nous devrions nous attendre à ce que les pécules des esclaves et des fils aient été tout de suite et en général fort importants, or, à l'époque de Plaute, la plupart des pécules d'esclaves sont encore fort modestes. Nous devrions nous attendre également à ce que les fils aient eu plus couramment que les esclaves des pécules ; c'est le contraire qui semble s'être produit. Sans doute il y a une analogie qu'on ne peut pas contester entre la fortune des clients et le pécule des *subjecti* ; mais les raisons invoquées pour prouver que le second n'est qu'une application aux rapports entre *patres- familias* et *subjecti* des règles relatives à la clientèle ne sont rien moins que convaincantes. L'assimilation des clients aux fils de famille, invoquée en ce sens (les clients sont : « *perinde ac liberis propriis* », dit Festus cité par de Jhering) serait plutôt la preuve de l'évolution contraire.

(47) V. relativement à la constitution du pécule au temps de Plaute les passages suivants cités par M. Costa (Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto) : pour le pécule de l'esclave : Bacch. 3, 3, 61 ; Capt. 5, 4, 30-31 ; Most. 1, 3, 96-97 ; 4, 1, 7-8 ; Persa 2, 2, 11 ; pour le pécule des fils : Capt. prol. 18-20 ; 5, 3, 4-5 et 10-11 ; 5, 4, 15-16 ; Merc. 1, 1, 96-97 ; Persa 2, 2, 19.

(48) Asin. 3, 1, 36-37.

(49) C'était parfois aux prix des plus grandes privations que l'esclave arrivait à se constituer un pécule ; v. Sénèque Epist. 80, 5 ; Térence Phorm. 1, 1, 9.

(50) Op. cit., t. 2, p. 208.

ser un pécule important ⁽⁵¹⁾, tandis que les esclaves sans pécule étaient entourés de mépris ⁽⁵²⁾.

Pour encourager de semblables constitutions de pécule de la part de leurs esclaves, les maîtres avaient bien soin de ne jamais reprendre le pécule ⁽⁵³⁾. Ils le laissaient à leurs esclaves comme s'il eût été réellement leur chose ⁽⁵⁴⁾, et ils l'acceptaient parfois comme prix de la liberté ⁽⁵⁵⁾.

Le pécule au début de l'institution n'était pas, comme le croit de Jehring ⁽⁵⁶⁾, toute une fortune mobilière servant à l'exploitation d'une partie des immeubles du maître mais une masse très modique de biens.

Le pécule prit toutefois une importance de plus en plus grande à mesure que les conditions primitives de la vie se transformaient. A l'époque de Plaute, il arrive que le pécule contienne d'autres esclaves ⁽⁵⁷⁾,

(51) Plaute Rud. 1, 2, 24 : « *Peculiosum esse addecet servum et probum* ». Cf. l'inscription tumulaire signalée par Wallon, *l. c.* (Fabretti, p. 252, n° 38).

(52) Plaute Cas. 2, 3, 39-40 : « *illi servo nequam des armigero, nihil atque improbo, Cui homini hodie peculi nummus non est plumbeus* ».

(53) V. en ce sens Costa, *op. cit.*, p. 104 ; Pernice, Labeo, t. 1, p. 133.

(54) Cf. Stich. 3, 1, 25 ; Trin. 3, 2, 101-102. Dès l'époque de Plaute, il y a, à l'occasion du pécule, des rapports d'affaires entre le *paterfamilias* et l'*in potestate* (v. Merc. 2, 3, 119 ; Pseudolus 2, 4, 44 ; 4, 6, 7).

(55) Il est constamment fait allusion dans les comédies de Plaute à ce rachat de l'esclave avec les deniers de son pécule : V. Asin. 3, 3, 60-62 ; Aulul. 2, 4, 30-31 ; 5, 1, 15 ; Men. 5, 7, 53-54 ; Persa 4, 3, 3 ; Poen. prol. 23-24 ; 3, 1, 16, 17 ; Pseud. 1, 2, 88 ; 4, 4, 79 ; Rud. 4, 2, 22-5 ; Stich. 5, 5, 10 Trin. 2, 4, 162-163 (Costa, *op. cit.*, p. 109-110).

(56) *L. c.*

(57) Asin. 2, 4, 26 suiv. ; Persa 2, 2, 10-11 ; 19 ; 65-66 ; 2, 4, 6 ; 9. Toutefois, M. Erman (*Servus Vicarius*, p. 397), qui cite ces passages, signale que Plaute suit simplement ici les originaux grecs d'où il a tiré ses comédies. — A l'époque de Cicéron les pécules contiennent fréquemment des *vicarii* (V. Costa, *Cicerone giures-consulto*, t. 1, p. 76, qui cite les textes suivants : In Verr. 2, 1, 36, 93 ; 2, 3, 38, 86).

ou serve de fonds commercial à une entreprise que l'*alieni juris* exerce pour son propre compte ⁽⁵⁸⁾.

La pratique, dès avant l'intervention du prêteur, a dû utiliser le pécule, lorsque le besoin s'en est fait sentir, pour parer à l'incapacité patrimoniale des *subjecti*. Sans doute, l'impossibilité dans laquelle les tiers se trouvaient d'exiger du *paterfamilias* l'exécution des promesses de leurs *subjecti* était fort gênante. Mais on pouvait remédier à cela en traitant au comptant; au reste, le *paterfamilias* avait tout intérêt à respecter les règles de la bonne foi. Dès l'époque de Plaute, il était également en usage de préposer les esclaves à certains commerces ⁽⁵⁹⁾. Le prêteur en rendant le *paterfamilias* responsable *in solidum* en cas de *præpositio*, ou dans la mesure du pécule en raison des contrats de l'*in potestate*, s'est inspiré de la pratique ⁽⁶⁰⁾.

V. — Mais l'édit sur l'action *de peculio* donna au pécule, institution préexistante, une investiture juridique. « La jurisprudence, dit M. Vernay ⁽⁶¹⁾, fit du pécule une institution juridique au lieu d'un simple régime économique par la création de l'action *de peculio* ».

Le prêteur n'avait pas défini le pécule. Le soin en

(58) V. Merc. 1, 1, 95-97 : « *Lucrum ingens facio praeterquam mihi meus pater Dedit aestimatas merces ita peculium Conficio grande* ». Des marchandises estimées (et ainsi non concédées en pécule) ont été remises à un fils de famille pour qu'il puisse s'adonner au commerce et se constituer ainsi un pécule. — V. Costa, *op. cit.*, p. 194.

(59) V. Wallon, *op. cit.*, t. 2, n. 119-120.

(60) M. Révillout (*op. cit.*, p. LXIII-LXIV), au contraire, considère ces diverses dispositions du prêteur comme empruntées au droit babylonien.

(61) *Op. cit.*, p. 145.

incomba aux jurisconsultes. C'était à eux qu'il importait de définir l'institution et de trancher les questions difficiles que soulevait l'application de l'édit. Qu'était-ce que le pécule ? A quelles conditions était soumise son existence ? Quelle était sa composition ? Quels droits fallait-il reconnaître aux tiers sur le pécule de l'*in potestate*, lorsque ce dernier tenait des *res peculiares* de *patresfamilias* différents ? Dans quels cas devait-on permettre l'exercice de l'action de *peculio* ? Quels pouvoirs devait-on reconnaître à l'*in potestate* sur son pécule ? Quelle était la situation respective du *paterfamilias* et de l'*in potestate* relativement aux éléments constitutifs du pécule ? D'autres questions encore étaient soulevées en pratique par l'application de la clause *de in rem verso* et de l'édit sur la *tributio mercis*.

La tâche des jurisconsultes était délicate.

Le pécule devait permettre aux *subjecti* de participer à la vie commerciale et juridique pour leur propre compte. Il devait tenir lieu de patrimoine aux *in potestate*; remédier aux inconvénients qui découlaient de leur incapacité patrimoniale. Mais il ne fallait pas porter atteinte au principe de cette incapacité.

Le droit du pécule apparaît comme le résultat d'un compromis entre ces deux tendances bien caractéristiques de l'esprit romain : le sens pratique, le respect des traditions.

Nous devons nous attendre à ce que, dans les premiers commentaires sur l'édit, le pécule n'ait impliqué encore aucune capacité patrimoniale, aucun droit

chez l'*alieni juris*. Mais, l'institution n'était-elle pas appelée à évoluer, au cours de l'époque classique, dans le sens d'une émancipation de l'*in potestate* ?

Certes, nous n'assistons pas sous l'empire à des transformations économiques et sociales aussi importantes que pendant la période républicaine. L'activité commerciale a atteint son maximum d'intensité à la fin de la République. Mais souvent, une réforme en appelle une autre. L'intervention du prêteur a donné un nouvel essor au pécule; la pratique s'en est plus largement servie. On doit ainsi s'attendre à ce que le pécule soit une seconde fois l'objet d'une profonde évolution en fait et en droit. Une raison spéciale devait conduire les juristes à modifier le droit du pécule. Un fait bien connu est l'abondance des affranchissements à l'époque impériale, alors que la population servile ne s'accroît plus. Cela s'explique par les nombreux avantages indirects que le maître retirait du patrimoine des affranchis, et cela, malgré les entraves volontairement apportées aux abus des *operæ* ⁽⁶¹⁾. Il était sage, à une époque où les affranchissements semblaient préjudiciables à la nation, d'enlever aux maîtres l'intérêt personnel qu'ils pouvaient avoir à affranchir. Pour cela il fallait estomper davantage les différences qui distinguaient l'esclave de l'affranchi, son pécule d'un patrimoine. Au point de vue social, le rôle du pécule s'est manifestement accru. Le luxe romain ne connaît plus de

(61) V. Juglar, *op. cit.*, p. 46 suiv.

limites sous l'empire et il s'étend de plus en plus à la classe des esclaves privilégiés. Les maîtres faisaient montre de leurs richesses, non seulement par l'opulence dans laquelle ils vivaient, mais par le luxe de leurs esclaves favoris, intendants, etc. A ce moment, il n'est pas rare de rencontrer des esclaves possesseurs d'une immense fortune. Et, à bien plus forte raison, les *patresfamilias* de la classe riche devaient-ils assurer à leurs fils une vie indépendante digne de leur rang social.

Aussi, l'institution du pécule a-t-elle profondément évolué au cours de l'époque classique.

PREMIÈRE PARTIE

La nature juridique du pécule

Pécule et patrimoine

Le patrimoine nous est souvent présenté comme une entité abstraite (universalité juridique) attachée à une personne. Le patrimoine, en tant qu'universalité de droits, serait une émanation de la personnalité juridique d'un individu.

Cette conception, qui trouve une expression particulièrement nette dans la théorie classique du droit civil français, aurait sa source dans le droit romain, si nous en croyons de nombreux auteurs. « Les Romains, dit ainsi M. Cornil ⁽¹⁾, envisagent le patrimoine comme un accessoire de la personne, une alluvion de la personnalité : c'est le produit de cet attribut de la personnalité que nous désignons sous le nom de capacité d'acquérir ». S'il en est ainsi, il importe, avant d'examiner la situation juridique de l'in

(1) *Debitum et Obligatio* dans *Mélanges Girard*, t. 1, p. 202.

potestate à l'égard des différents droits constituant les éléments de son pécule, de répondre à la question suivante : le pécule, ce patrimoine des *subjecti*, n'impliquait-il pas, en raison même de sa nature, une capacité juridique chez l'*in potestate*; n'était-il pas l'émanation d'une capacité juridique propre aux personnes en puissance, comme le patrimoine était une émanation de la personnalité juridique du *paterfamilias* ?

Mais les notions d'universalité et de patrimoine, fort malmenées actuellement sur le terrain du droit positif, n'ont pas échappé à la critique dans le domaine de l'histoire du droit. On ne peut plus se contenter de simples affirmations. Le problème posé ne peut être abordé qu'après une étude d'ensemble sur les conceptions romaines de l'universalité et du patrimoine.

Cette digression nécessaire, en nous faisant sortir du droit spécial au pécule, nous montrera comment les règles que nous rencontrerons plus tard se rattachent à des conceptions générales bien établies à l'époque classique.

CHAPITRE PREMIER

Etudes sur les notions d'universalité et de patrimoine en droit romain

§ I. — LA NOTION D'UNIVERSALITÉ. — UNIVERSALITÉS DE FAIT ET UNIVERSALITÉS DE DROITS

1. La distinction traditionnelle entre les *universitates juris* et *facti*. La doctrine des glossateurs. Les conceptions modernes. — 2. Le *corpus ex distantibus*; ses traits caractéristiques. — Date d'apparition de cette notion. — Quels ensembles d'objets pouvaient constituer des *corpora ex distantibus*? — 3. La notion d'universalité juridique en droit romain classique. — L'hérédité en tant qu'*universitas jurium*. — 4. Traits caractéristiques des *universitates jurium*. — Les autres *universitates jurium* du droit romain. — 5. Date de formation de la notion d'universalité juridique. — La notion de *bona*, notion distincte de celle d'*universitas jurium*, et de formation antérieure.

I. — Une doctrine traditionnelle, parvenue jusqu'à nous, distinguait deux sortes d'universalités : les *universitates juris* et *facti*.

A l'occasion de quelques textes de la compilation justinienne, la Glose opposait déjà l'*universitas corporea* ou *facti* à l'*universitas incorporea* ou *juris* (1).

(1) V. Glose, *dicendum est ad*, fr. 1, § 3, D. 6-1 ; Gl., *singulas ad*, fr. 56 D. 6-1 ; Gl., *non utetur ad*, fr. 1, § 8, D. 15-2.

La première, composée d'objets corporels, nous est présentée par les Glossateurs comme un seul *corpus*, l'autre comme une entité abstraite réunissant des éléments corporels et incorporels : « *continet actiones et obligationes cum corporibus* ». (Gl. *singulas ad fr.* 56, D. 6-1). C'est sur cette différence dans la nature des éléments qui composent les *universitates juris* et *facti* que semble reposer dans la Glose le critérium de la distinction ⁽²⁾. On a présenté ensuite l'*universitas facti* comme l'œuvre des particuliers, l'*universitas juris* comme celle de la loi ⁽³⁾. On a dit que les éléments de l'*universitas facti* étaient réunis par un lien réel, ceux de l'*universitas juris* par un lien fictif. On a soutenu encore que la subrogation réelle ne s'appliquait de plein droit que dans les universalités juridiques ⁽⁴⁾. Enfin, selon d'anciens auteurs, les universalités de fait auraient donné lieu à une *vindicatio specialis*, les universalités juridiques à une *vindicatio generalis*. ⁽⁵⁾.

Ces différentes conceptions méritaient les critiques sévères qui leur ont été faites. La distinction tradi-

(2) V. les gloses citées à la note précédente.

(3) V. Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum* (Tubingen, 1743), p. 662, lib. XXVIII, tit. 1, § 1, Adm. Struve *Syntagma juris civilis rec. ord. pand.* Exerc. XI, § 15 (Francfort, 1738). Cette opinion est encore défendue par Thibaut dans la 5^e édition de son *Pandectenrecht*, § 262. Certaines universalités d'ailleurs ne rentraient dans aucune de ces deux catégories ainsi comprises, aussi Alciat admettait-il un troisième groupe d'universalités, les *universitates mixtae*, pour l'existence desquelles il fallait le concours de la volonté humaine et de la loi (de Verb. Sign. Lugduni, 1537, p. 180). Relativement au pécule Lauterbach s'efforçait d'écarter ainsi la difficulté : « *licet constitutur voluntate patris vel domini trahit tamen originem ex ipso jure* ».

(4) V. Barthole, *op.*, p. 166, ad frg. 22, D. 5-3 : « *Solum in universalibus iudiciis pretium succedit loco rei.* »

(5) V. les auteurs cités par Mülhenbruch : Ueber die s. g. juris und facti universitates, dans *Archiv. f. die civilistische Praxis*, t. 17, p. 327 suiv. Cf. Barthole, ad l. 34 D. de pignor.

tionnelle a été combattue en Allemagne d'une façon particulièrement vive par Hasse et Mulhenbruch (6). Selon ces auteurs, il n'y aurait pas deux sortes d'universalités nettement définies, mais des ensembles de biens, considérés parfois comme des unités, d'une façon seulement relative et suivant les circonstances de chaque espèce.

C'est une conception analogue que défendent souvent nos civilistes ; et, dans maints ouvrages, la distinction traditionnelle est rejetée comme privée d'intérêt (7). Il faut bien reconnaître que cette distinction ne présente plus le même intérêt que dans l'ancienne doctrine où l'on voulait en déduire de multiples conséquences. Des travaux récents ont montré ainsi que la subrogation réelle ne joue pas exclusivement à l'intérieur des universalités juridiques, ni que les caractères particuliers de ces universalités en puissent seuls expliquer le fonctionnement (8).

Il y a des auteurs qui opposent encore l'universalité juridique à l'universalité de fait (9). Mais, ils considèrent cette dernière comme un simple assemblage de biens ; l'ancienne terminologie ne leur sert ainsi

(6) Hasse : Ueber Universitas juris und rerum und ueber Universal = und singular = Succession, dans Archiv. f. civil. Praxis, t. 5, p. 1 suiv. ; Mülhenbruch, *op. cit.*, p. 321 suiv.

(7) V. contre la distinction traditionnelle entre universalités de droit et de fait : Plastara, La notion juridique du patrimoine, thèse Paris, 1903, p. 37 suiv. ; Cazelles, De l'idée de la continuation de la personne, thèse Paris, 1905, p. 378 suiv. ; Gazin, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Dijon, 1910, p. 256 suiv. ; Picard, Planiol, Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 3, les biens, p. 59.

(8) Picard, *op. cit.*, p. 30 suiv., et les auteurs cités par M. Picard, p. 30, n. 2.

(9) V. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. 2, p. 3 ; Josserand, Cours de droit civil positif français, Paris, Sirey, 1930, t. 1, p. 341.

qu'à opposer l'universalité juridique, universalité proprement dite, à tout ensemble de biens ne formant pas un tout distinct de ses éléments constitutifs.

L'universalité juridique, ou plutôt le patrimoine en tant qu'universalité juridique, est défini ainsi par M. Josserand ⁽¹⁰⁾ : « Le patrimoine, dit-il, constitue un tout, une universalité juridique (*universum jus*) indépendante des éléments qui la composent ; elle diffère en cela des universalités de fait (*universum corpus*) qui ne sont que des agrégats matériels d'unités tels que des livres ou des têtes de bétail : une bibliothèque, un troupeau. Le patrimoine est indépendant des éléments qu'il renferme au point de pouvoir exister sans eux : il est des personnes qui n'ont aucun bien, ou à peu près, et qui, cependant, ont un patrimoine, par exemple le nouveau-né, voire l'enfant simplement conçu. — En ce sens le patrimoine est donc une notion abstraite d'ordre intellectuel, métaphysique ; c'est, si l'on veut, l'aptitude à devenir le centre de rapports juridiques pécuniaires, ou encore, un réceptacle idéal prêt à recevoir des valeurs positives ou négatives ».

Les jurisconsultes romains distinguaient-ils les universalités juridiques et les universalités de fait ? Comment concevaient-ils les unes et les autres ?

II. — Le *corpus ex distantibus* correspond à l'*universitas facti* des Glossateurs. Il a sa place dans la classification des choses.

(10) L. c.

Pomponius, dans un texte célèbre ⁽¹¹⁾, nous donne des *corpora* le tableau suivant : « ...*Tria autem genera sunt corporum*, dit-il : *unum, quod continetur uno spiritu et Graece ἑνωμένον vocatur, ut homo tignum lapidis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur : ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura [non] soluta sed uni nomini subjecta, veluti populus legio grex ».*

Le mot *non* qui précède *soluta* ne se trouvait certainement pas dans le texte original de Pomponius et il est supprimé par plusieurs auteurs ⁽¹²⁾. Le jurisconsulte nous enseigne donc que les *corpora* peuvent être ou bien des corps simples, ou bien des choses composées, ou enfin des ensembles formés d'objets séparés, *soluta*, mais unis sous un même nom.

Les jurisconsultes classiques désignent ordinairement les *corpora* de la troisième sorte, au moins quand ils constituent des objets de droits ⁽¹³⁾, par l'expression : *corpus ex distantibus*, copiée du grec *σῶμα*

(11) Fr. 30 pr. D. 41-3 (Pomponius, lib. 30 ad sabinum).

(12) V. Göppert, Ueber Einheitliche Zusammengesetzte und Gesamtsachen, p. 53, note 9, et les auteurs cités ici. V. encore Girard, Manuel, p. 260, note 3; Bonfante Corso, t. 2 (1), p. 109. Cf. Warnkönig, Arch. f. civ., Prax. 11 (1828), p. 172, note 4. V. la formule de Sénèque, Epist. 102.

(13) La notion de *corpus ex distantibus* n'est pas limitée aux objets de droits. Un groupement d'être humains, individus quelconques ou citoyens, peut constituer un *corpus ex distantibus*. Quelques-uns de ces *corpora* peuvent avoir un patrimoine : ils sont sujets de droits, à la différence des autres *corpora ex distantibus*, comme le grex, qui sont des objets de droits. Les *corpora* sujets de droits sont souvent appelés *universitates* dans les textes de la compilation justinienne. V. *infra*, § 2, n° 2.

ἐκ διεστώτων (14). Un seul texte, le fragment 70, § 3, D. 7-1, d'ailleurs suspect (15), emploie dans le même sens le mot *universitas*; mais nous ne rencontrons jamais l'expression *universitas facti* des Glossateurs. Toutefois, sous cette désignation non romaine, la Glose nous décrit assez exactement le *corpus ex distantibus*. Celui-ci est fort distinct de l'universalité de fait telle que la conçoivent ceux de nos civilistes qui opposent encore l'universalité de fait à l'universalité juridique (16). Le *corpus ex distantibus* n'est pas un simple assemblage de *res*, mais, en soi, un objet distinct de ceux qui le composent et qui trouve sa place parmi les *res corporales*.

Le caractère d'unité du *corpus ex distantibus* est en général admis par les auteurs (17). Il apparaît clairement dans un passage des plus significatifs d'Alfenus (68) et on peut le déduire aisément des solutions proposées par les jurisconsultes.

(14) V. outre le fr. 30 pr. D. 41-3, le fr. 23, § 5, D. 6-1 (« *at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent.* »), et § 18, Inst. 2-20 (« *est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus* »).

(15) La phrase « *id est universitatis* » est effacée, avec raison semble-t-il, par MM. Eisele (Z. S. S. f. R., t. 11, 1890, p. 4); Bonfante (Studi Scialoja, t. 1, p. 551, Scritti giur., t. 1, 1916, p. 270; Corso, t. 2 (1), p. 109 (texte et n. 1); Albertario (Annali Perugia, t. 21, 1919, p. 46).

(16) V. *supra*, n° 1.

(17) V. notamment Warnkönig Archiv. f. c. prax., t. 11, p. 180 suiv.; Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, p. 41, n. 128, et p. 115; Fadda et Bensa, Windscheid, Diritto delle Pandette prima traduzione italiana, t. 1 (2), p. 442 suiv.; Vernay Servius et son école, p. 101 suiv.; Bonfante Corso, t. 2 (1), p. 114 suiv., et plus récemment Guarneri-Citati, La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti (Annali Palermo, t. 14, 1930), p. 359 suiv. — V. déjà Jason Magnus Super infortiatum, 1, 21, 22, de leg. 1 (Venise, 1590) : « *universitatem, puta gregis, peculii et similium, unum subrogatur loco alterius, ipsa universitas remanet eadem* ». — Cf. Barthol ad leg. 34 de pignoribus (Venise, 1615).

(18) Fr. 76 D. 5-1 (Alfenus lib. 6, digestorum). — Cf. § 18, Inst. 2-20.

Tout d'abord, le *corpus ex distantibus* peut faire l'objet d'une legs *per vindicationem*. On sait qu'un tel legs n'était valable que si le testateur était propriétaire de l'objet légué, non seulement à l'époque de son décès, mais également au moment de la confection du testament ⁽¹⁹⁾. Or le legs *per vindicationem* d'un *corpus ex distantibus* transférait la propriété de tous les objets compris dans le *corpus* et dont le testateur était propriétaire au moment de son décès, même si parmi ceux-ci quelques-uns ne lui appartenaient pas au moment de la confection du testament ⁽²⁰⁾. Si la règle de la propriété aux deux moments n'est pas appliquée dans notre hypothèse, c'est que le *corpus ex distantibus* est considéré en lui-même et qu'il garde sa *species*, son individualité malgré les augmentations ou les diminutions qu'il peut recevoir. On a cependant cherché à expliquer cela différemment ; mais les tentatives faites en ce sens ont été bien repoussées par MM. Fadda et Bensa, plus récemment par M. Bonfante ⁽²¹⁾.

De même, le *corpus ex distantibus* peut être l'objet d'une unique revendication ⁽²²⁾ ; n'est-ce pas là à nouveau la preuve qu'il ne constitue pas une simple agglomération de choses ⁽²³⁾ ?

(19) A moins qu'il ne porte sur des objets fongibles, auquel cas, il suffisait que le testateur en soit propriétaire à l'époque de son décès.

(20) V. fr. 21 D. 30 (Ulpian. *lib.* 15 *ad edict.*) ; § 18, Inst. 2-20 ; cf. fr. 39 D. 22-1 (Modestinus, *lib.* 9 *differentiarum*).

(21) Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 456 suiv. ; Bonfante Corso, t. 2 (1), p. 119 suiv.

(22) V. principalement : fr. 1, § 3, D. 6-1 (Ulpianus *lib.* 16 *ad edict.*) ; v. encore : fr. 2 eod. titul. (Paul, *lib.* 21 *ad edict.*) ; 3 pr. eod. titul. (Ulpian. *lib.* 16 *ad edict.*) ; 21, § 1, D. 44-2 (Pomponius, 21 *ad Sab.*).

(23) De nombreux auteurs ont, il est vrai, présenté cette *vindicatio* comme une revendication cumulative ; nous nous trouve-

Le *corpus ex distantibus*, en tant qu'objet distinct des éléments qui le composent, est soumis à un droit propre et il demeure le même malgré les variations qu'il peut subir dans sa composition ⁽²⁴⁾. Toutefois, il ne constitue pas une entité abstraite comme l'universalité juridique. Celle-ci subsiste même après la perte de tous ses éléments constitutifs. Le *corpus ex distantibus*, au contraire, ne garde sa *species* qu'autant qu'il contient un certain nombre d'objets ⁽²⁵⁾. La raison de cette distinction se trouve dans la diversité de nature de l'universalité juridique et du *corpus ex distantibus*; la première est un objet incorporel, le second une *res corporalis*.

On a contesté assez souvent la nature corporelle du *corpus ex distantibus* ⁽²⁶⁾. Mais le titre de *corpus* donné par les philosophes et les juristes à la chose collective ainsi que la place de celle-ci dans la classification tripartite des *corpora* ne permettent guère de la considérer comme une *res incorporalis*.

rions, selon eux, en présence d'un ensemble de revendications groupées par raison d'opportunité en une seule formule (V. les auteurs cités par MM. Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 449). Cette théorie est inexacte, v. pour la réfutation, Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 452 suiv.; Bonfante, *op. cit.*, t. 2 (1), p. 116-117; v. encore dans le même sens que ces deux auteurs : Sokolowski, *die Philosophie im Privatrecht (Sachbegriff und Körper)*, p. 56 et 57.

(24) V. fgt. : 76 D. 5-1; § 18, Ins. 2-20.

(25) V. Pomponius (*lib. 4 ad Quintum Mucium*) dans fr. 31 D. 7-4 : « *cum gregis usufructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intellegatur, perit usus fructus* », et, le même jurisconsulte (*lib. 5 ad Sabinum*) au fr. 22 D. 30. — V. Sokolowski, *op. cit.*, p. 66.

(26) V. les nombreux auteurs cités en ce sens par MM. Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 447, auxquels il faut joindre Perozzi, *Istituzioni*, t. 1, p. 368, note 2. Pour la réfutation des arguments présentés par les anciens auteurs, v. Fadda et Bensa, *l. c.*; pour la réfutation des raisons invoquées par M. Perozzi, v. Bonfante, *Corso*, t. 2 (1), p. 115.

Le *corpus ex distantibus*, en tant qu'objet corporel distinct de ses éléments constitutifs, peut être soumis à tous les droits réels qui frappent les autres *corpora* (27). Ce droit peut être tout d'abord un *dominium*. Cela découle naturellement de la possibilité d'une *rei vindicatio unique* et de ce passage très significatif d'Ulpien (fr. 1, § 3, D. 6-1) : « ...sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint : grex enim, non singula corpora vindicabuntur » (28).

Le *corpus ex distantibus* pouvait être également soumis à un droit d'usufruit (29) ou de gage (30).

Cependant, malgré la possibilité d'un *dominium gregis*, Pomponius, au fr. 30, § 2, D. 41-3, n'admet pas la possession et l'usucapion du troupeau comme tel. Pomponius craignait sans doute que l'usucapion du troupeau entraîne l'usucapion des *oves furtivæ* jointes au troupeau. Et il ne faut peut-être pas donner une portée trop générale à la règle qu'il formule. Celle-ci n'écarte vraisemblablement que la possession *ad usucapionem* non la possession *ad interdicta* (31). Que l'on songe en effet aux difficultés que l'on aurait à surmonter s'il fallait régler au moment de la *vindicatio gregis* la possession intérimaire des différentes *oves* !

(27) V. Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 448, i. f. et suiv.

(28) Cf. frg. 30, § 2, D. 41-3 (*si relictus grex domini mei sit*).

(29) Fr. 68, § 2 ; 69 ; 70 pr. D. 7-1 ; 31 D. 7-4 ; § 38, Inst. 2-1. V. Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 471 suiv. ; Sokolowski, *op. cit.*, p. 60 ; Bonfante, *op. cit.*, t. 2 (1), p. 123.

(30) Fr. 13 pr. ; 34 pr. D. 20-1. V. Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 479 ; Sokolowski, *op. cit.*, p. 61 suiv. ; Bonfante, *op. cit.*, t. 2 (1), p. 124.

(31) V. en ce sens Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 463.

Nous devons rechercher maintenant quelles choses collectives étaient considérées comme des *corpora ex distantibus* et quelle est la date d'apparition de cette notion.

Dans la classification tripartite des choses comme dans la formation de la notion de *corpus ex distantibus*, les conceptions des philosophes grecs et latins ont joué un rôle incontestable. On admet en général que la notion de *corpus ex distantibus* est empruntée à la philosophie stoïcienne. En partant de cette idée et après une analyse du σώμα ἐκ διεσπώτων des Stoïciens, Göppert ⁽³²⁾ a cru devoir limiter les *corpora ex distantibus* aux simples ensembles d'êtres animés. Pour les Stoïciens, les σώματα ἐκ διεσπώτων seraient composés d'objets ayant non seulement une ἕξις ou une φύσις commune, mais une ψυχή. C'est un rapport interne qui grouperait en un σώμα les différents ἡνωμένα (corps simples) qui composent la chose collective. La théorie restrictive de Göppert paraît au premier abord confirmée par les textes juridiques. Ce sont des ensembles d'êtres animés que Pomponius nous présente comme exemples de son *tertium genus corporum* ⁽³³⁾ et c'est à l'occasion du troupeau que les jurisconsultes nous font connaître les traits caractéristiques du *corpus ex distantibus*. Mais en réalité, au double point de vue juridique et philosophique, la

(32) *Op. cit.*, p. 49 suiv. ; v. dans le même sens Bonfante, *op. cit.*, t. 2 (1), p. 111 suiv. ; contre la théorie restrictive de Göppert, v. : Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 453 suiv. ; Sokolowski, *op. cit.*, p. 48 suiv. ; Vernay, Servius et son école, p. 128 suiv.

(33) *Frg.* 30 pr. D. 41-3.

théorie de Göppert peut être critiquée. Sokolowski l'a contestée surtout au second point de vue : les philosophes stoïciens n'auraient pas eu à son avis une conception aussi étroite des *σωματὶς ἐκ ὁλκωτῶν* (34). Quoi qu'il en soit d'ailleurs, et bien que les jurisconsultes semblent s'être inspirés en cette matière surtout de la philosophie stoïcienne, on peut penser également à une influence de l'école d'Aristote, laquelle se faisait une plus large conception de la notion de chose et ajoutait une plus grande importance aux signes extérieurs (35).

Considérée au point de vue strictement juridique, la théorie de Göppert ne semble pas fondée. Au moins l'*instrumentum fundi* et la *taberna* qui ne sont pas composés uniquement d'êtres animés constituaient des *corpora ex distantibus*. Il résulte assez clairement de plusieurs textes que le legs *per vindicationem* de l'*instrumentum fundi* ou de la *taberna* échappait à la règle de la propriété aux deux moments (36) et tandis

(34) Sokolowski, *l. c.*

(35) V. en ce sens Vernay, *op. cit.*, p. 127 suiv.

(36) L'*instrumentum fundi* pouvait être légué *per vindicationem* (fgt. 1, § 1, D. 33-7). C'est à un legs de cette sorte que songe certainement Scaevola aux fragments 28. D. 33-7 et 28 D. 36-2, où il rend la même sentence dans une forme quelque peu différente. En effet, comme le remarquent MM. Fadda et Bensa (*op. cit.*, p. 457), le mot *peti*, que nous retrouvons dans ces deux textes, ne peut laisser sur ce point aucun doute. Scaevola décide ici que le legs (*per vindicationem*) d'un *fundus cum instrumento* comprend les objets incorporés après coup à l'*instrumentum*. Disons-nous avec M. Bonfante (*op. cit.*, t. 1 (2), p. 132) que ces objets appartenaient déjà au testateur *tempore testamenti* ? Le fragment 28 D. 36-2 extrait du livre 4 des *Responsa* de Scaevola contient une réponse faite par le jurisconsulte à une question posée par un particulier. L'intéressé ne lui a pas demandé si tel objet possédé déjà par le testateur ou acquis postérieurement au testament et incorporé après coup dans l'*instrumentum* fait partie du legs. Il demandait à quelle époque il fallait se placer pour apprécier le legs (*si fundus instructus relictus erit, quaeritur, quemadmodum dari debeat, utrum sicut instructus fuit mortis*

qu'il se déduit aisément du fragment 1, § 1, D. 33-7, que l'*instrumentum fundi* faisait l'objet d'une unique *vindicatio* ⁽³⁷⁾, le fragment 34 D. 20-1 nous enseigne que la *taberna* comme telle pouvait être frappée d'un droit de gage ⁽³⁸⁾.

Certainement, tout ensemble de *res* ne constituait pas nécessairement un *corpus ex distantibus*; et il en était ainsi des groupes de choses inanimées comme de ceux d'êtres vivants ⁽³⁹⁾. Mais la théorie restric-

tempore an eo tempore quo facti sunt codicilli an quo peti coepit). L'ancien jurisconsulte cité par Scacvola répondait : « *ea quibus instructus sit fundus, cum dies legati cedat, deberi.* » Si une sentence différente devait être rendue suivant que les objets en question aient ou non appartenus au testateur *tempore testamenti*, les jurisconsultes auraient pris grand soin de distinguer ces cas dans la réponse qu'ils ont donnée.

Nous pouvons dire la même chose en ce qui concerne cette décision de Paul insérée au frg. 19 D. 33-7 : « *si mancipia quae, post testamentum factum in fundum Seiae relictum a testatore inducta, fundi colendi, gratia in eodem fuerint, ea quoque instrumento fundi contineri respondi...* », mais dans ce texte, il est vrai, rien ne révèle d'une façon certaine, bien que cela soit vraisemblable, s'il s'agit d'un legs *per vindicationem*.

Au frg. 15 pr. D. 33-7, Pomponius envisage le legs *per vindicationem* d'une *taberna*. Or, il faut bien convenir avec MM. Fadda et Bensa que, si ce legs portait sur les seules marchandises appartenant au testateur *tempore testamenti*, il serait illusoire.

(37) Paulus *libro quarto ad Sabinum* : « *fundo cum instrumento legato et alienato instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.* »

(38) MM. Bonfante (*op. cit.*, t. 2 (1), p. 124, et dans le même sens Scialoja cité par M. Bonfante, *l. c.*, soutient que la décision du jurisconsulte s'inspire d'une interprétation de la volonté des parties. Mais, remarquons-le, à moins d'une disposition expresse au moment de la convention, le droit de gage frappait la *taberna* comme telle, non les différentes marchandises individuellement considérées. Il n'y a ainsi aucune différence entre la mise en gage d'un troupeau et celle d'une *taberna*.

(39) Nous ne nous sommes occupés ici que de l'*instrumentum fundi* et de la *taberna* qui sont manifestement traités dans les sources comme des *corpora ex distantibus*. Relativement aux autres ensembles la question est plus douteuse.

Il nous suffisait de présenter à l'encontre de la théorie restrictive ces deux exemples significatifs auxquels nous joindrons plus tard celui du pécule.

Si certains ensembles ne comprenant pas uniquement et nécessairement des êtres animés ont été considérés par les Romains comme des *corpora ex distantibus*, par contre cette qualité était refusée à certains ensembles d'êtres animés, tels le *chorus* et la *familia*.

tive échoue en présence des textes qui impliquent la qualité de *corpus ex distantibus* à l'*instrumentum fundi* et à la *taberna*.

Il ne faut pas exagérer l'influence des doctrines philosophiques sur la formation et le développement de la notion de *corpus ex distantibus* ⁽⁴⁰⁾. Les Romains étaient gens au sens pratique trop développé pour sacrifier à de pures considérations philosophiques des règles qui pouvaient leur sembler utiles. Ils n'ont pas attendu, d'autre part, l'enseignement des Grecs pour considérer comme des unités certains ensembles d'objets. Gaius nous apprend ainsi que, déjà sous les actions de la loi, le *grex* pouvait donner lieu à une unique *vindicatio* ⁽⁴¹⁾ : déjà, à cette époque, on en avait fait un objet distinct de ses éléments constitutifs.

On comprend aisément que le *grex* ait été le premier *corpus ex distantibus* connu et qu'il soit demeuré le type par excellence de ce *tertium genus corporum*. La place importante de l'agriculture dans l'économie du peuple romain primitif devait rendre fréquentes les transactions portant sur des troupeaux. D'autres ensembles ont été considérés par la suite comme des unités à mesure que le besoin s'en est fait sentir ⁽⁴²⁾. Le pécule, lui-même, avant l'édit sur l'action *de peculio*, et peut-être longtemps auparavant, constituait un objet unique comme le *grex* ⁽⁴³⁾.

(40) V. Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 454, et Bonfante, *op. cit.*, t. 2 (1), p. 130.

(41) Gaius, Com. 4, § 17.

(42) V. Fadda et Bensa, *op. cit.*, p. 454.

(43) V. *infra*, p. 219 suiv.

De bonne heure, par conséquent, des ensembles de *res* furent considérés comme des objets distincts de leurs éléments constitutifs. La doctrine philosophique du *σῶμα ex διαστώτων* donna un nom à ces objets et une explication rationnelle de leur existence. Mais comme toute conception philosophique, celle du *σῶμα ex διαστώτων* avait une large portée. Elle ne valait pas seulement pour les ensembles de *res*, objets de droits, elle permettait également de considérer comme des êtres réels certains groupements d'individus et elle domine toute la théorie de la personnalité morale en droit romain (44).

III. — A côté des *corpora ex distantibus* (universalités de fait, pour reprendre la terminologie moderne), les Romains reconnaissaient-ils l'existence d'universalités juridiques ?

Dans la matière dont nous allons nous occuper, les juriconsultes ont procédé comme à leur habitude par l'étude de cas spéciaux. Aussi, les principales règles d'où l'on puisse déduire les conceptions romaines sont-elles relatives à l'hérédité et aux autres ensembles de droits, comme le pécule, à l'occasion desquels des questions d'ordre pratique pouvaient être soulevées. En ce qui concerne le patrimoine lui-même, nous ne trouvons pas une terminologie bien précise. A l'expression *familia pecuniaria* succèdent dans le langage usuel celles de *patrimonium* et de *bona*. Mais *patrimonium* ne désigne quelquefois qu'une par-

(44) V. § suivant, n° 2.

tie de l'actif patrimonial ⁽⁴⁵⁾; quant au mot *bona*, il vise en général ou les biens individuellement considérés ou l'ensemble de l'actif ⁽⁴⁶⁾. Cela a pu faire illusion et on a soutenu très souvent que le patrimoine ne constituait une universalité qu'au décès de son possesseur ou qu'il ne comprenait pas les dettes mais seulement l'ensemble des *bona*. Toutefois, pendant longtemps, on a considéré l'hérédité, la dot, le pécule comme des universalités juridiques. Brinz ⁽⁴⁷⁾, le premier, a contesté que l'hérédité soit une universalité juridique. Selon Brinz, les expressions : *adquirere per universitatem* et semblables, que nous rencontrons dans les sources, viseraient seulement le mode d'acquisition, c'est-à-dire l'acquisition en bloc des rapports patrimoniaux du *de cuius*. Les mots et expressions : *universitas, juris nomen, res incorporalis* appliqués à l'hérédité désigneraient celle-ci sans en faire une abstraction distincte de son contenu.

Une théorie analogue a été soutenue par M. Bonfante dans de nombreuses et importantes études qui ont su convaincre un grand nombre de romanistes italiens ⁽⁴⁸⁾. Au cours de ces travaux, l'auteur semble

(45) V. fr. 9 D. 46-6. Cf. Cuq, Recherches historiques sur le testament per aes et libram dans N. R. H., t. 10 (1886), p. 545 et 546 ; Pernice, Labeo, t. 1, p. 327.

(46) V. *infra*, n° 5.

(47) Pandekten, t. 3, p. 2, n. 2.

(48) V. les ouvrages et articles suivants de M. Bonfante : L'eredita e il suo rapporto coi legati nel diritto romano e nel diritto moderno, dans Bull. ist., d. rom., t. 7 (1894), p. 151 suiv. ; La successio in universum jus e l'universitas dans Studi Scialoja, t. 1 (1905), p. 533 suiv. (Scritti giuridici, t. 1, 1916, p. 250 suiv.) ; La formazione scolastica della dottrina dell'universitas, dans Rendic. Lomb., t. 39 (1906), p. 277 suiv. (Scritti giuridici, t. 1, p. 307 suiv.) ; Histoire du droit romain, t. 1, p. 186 suiv. ; Sulla transmissibilità ereditaria delle obbligazioni nell'antico di-

même en venir jusqu'à contester, d'une manière générale, la reconnaissance à l'époque classique d'universalités juridiques (49).

Pour M. Bonfante, ce sont les origines du droit successoral romain qui expliquent les traits caractéristiques de la succession à l'époque classique. L'auteur part de cette idée, maintes fois défendue par lui, que le groupe familial romain présentait primitivement un caractère politique : le *paterfamilias* était un souverain. La succession avait alors pour but de mettre un autre souverain à la place du *paterfamilias* défunt. A l'époque classique, bien que la succession se limite aux simples rapports patrimoniaux, l'ancien point de vue serait encore dominant. La succession serait, non pas la transmission des biens et des dettes du défunt, de son patrimoine conçu comme une *uni-*

ritto romano, dans Archivio Giuridico, t. 16 (1928), fasc. 2 p. 129 suiv. ; Corso, t. 6 (1930), p. 5 suiv. La théorie de M. Bonfante est adoptée complètement ou dans ses grandes lignes par MM. Longo, Sull', « Hereditas » concepita come « Universitas ». — Studi Fadda, t. 1, p. 125 suiv. ; Albertario, Actio de universitate e actio specialis in rem, Annali Perugia, t. 21 (1919), p. 29 suiv. ; Rendiconti, Lombardo, 1928, p. 10 suiv. ; de Francisci, Storia, t. 1, p. 325 ; Esquisses de droit romain, Varsovie, 1926-1927, p. 3-4 ; Betti, Corso, t. 1, p. 128. La théorie de M. Bonfante est encore admise au moins, semble-t-il, en ce qui concerne les origines du droit successoral romain par M. Desserteaux, De l'acquisition de l'hérédité par l'intermédiaire du fils ou de l'esclave d'autrui, R. H. de droit, 1931, p. 602, *passim* (en ce sens également Cornil, Ancien droit romain, livre 4, selon M. Dessereaux). Cf. Saleilles, Le principe de la continuation de la personne par l'héritier en droit romain, Festschrift Otto Gierk Weimar, 1911, p. 1015 suiv. V. en sens contraire : Scialoja, Diritto ereditario romano ; Ferrini, Manuale di Pandette, p. 736, n. 1 ; Arangio Ruiz, Le genti e la città, p. 60 suiv. ; Perozzi, Istituzioni, t. 1 (2), p. 448, n. 1 ; Costa Storia, p. 532, n. 3 ; Korosèc, Die Erbenhaftung nach römischen Recht, selon M. Monier (R. H. de droit, 1929, p. 345 suiv.) ; Rabel, Die Erbrechtstheorie Bonfantes, Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 295 suiv. ; Segrè, Ricerche di diritto ereditario romano, Roma, 1930 ; La Pira, La successione ereditaria intestata e contro il testamento i. diritto romano, Firenze, 1930.

(49) V. ainsi Scritti Giuridici, t. 1, p. 299 ; cf. Corso, t. 2 (1), p. 130 suiv.

versitas, mais l'entrée de l'héritier dans les rapports juridiques du défunt. En conséquence de cette identité entre la situation du défunt et celle de l'héritier, ce dernier aurait acquis les biens et les charges héréditaires. Techniquement l'hérédité serait désignée à l'époque classique par les expressions « *successio in jus* », « *in locum et in jus* ». C'est cette nature de la succession pour cause de mort, non le caractère d'universalité de l'hérédité qui justifierait la transmission du passif à l'héritier, le titre de *juris nomen* donné à l'hérédité.

Les Byzantins, au contraire, auraient considéré la succession comme la transmission d'un patrimoine conçu comme une universalité de droits; de là, l'emploi du mot *universitas* avec un sens technique et sa substitution dans plusieurs textes au mot *hereditas*. Il faudrait également attribuer aux compilateurs les expressions *succedere per universitatem, in omne ou in universum jus* qui visent l'objet de la succession comme un tout ⁽⁵⁰⁾. Cette nouvelle terminologie serait d'ailleurs suscitée par l'emploi à l'époque byzantine du mot *successio* pour désigner des transferts à titre particulier. M. Longo ⁽⁵¹⁾, en effet, a montré que les compilateurs étaient les premiers à avoir employé le mot *successio* dans ce cas. On aurait été amené ainsi à

(50) M. Bonfante considère bien comme classiques les expressions *adquirere, transire per universitatem*, que nous rencontrons dans différents fragments du Digeste et même dans le Commentaire de Gaius ; mais il les rapporte au mode d'acquisition, non à l'objet de l'acquisition.

(51) V. Longo, L'origine della successione particolare nella fonti di diritto romano, dans Bull. ist. dir. rom., t. 14 (1902), p. 127 suiv. et 224 suiv.; t. 15 (1903), p. 283.

désigner d'une manière générale la succession universelle par l'expression nouvelle de *successio in universum jus*.

Malgré l'abondance des arguments invoqués et la valeur scientifique des études où nous voyons développer cette théorie, les conclusions présentées par M. Bonfante ne nous paraissent pas acceptables.

Le point de départ de la théorie n'est pas exact : la succession primitive n'était qu'une conséquence de la co-propriété familiale ⁽⁵²⁾. Certes, il faut bien concéder à la doctrine italienne que la succession n'est pas, à l'époque classique, la simple transmission d'un patrimoine. Elle est alors techniquement désignée comme une *successio in jus* ou *in locum et in jus defuncti*. C'est parce que l'héritier occupe la place du défunt et est investi de sa puissance juridique qu'il acquiert tous les droits de celui-ci et se trouve grevé de ses dettes. Mais cela n'implique nullement que le patrimoine héréditaire, l'ensemble de l'actif et du passif du défunt n'ait pas été considéré comme une universalité de droits.

Pour les jurisconsultes classiques, l'hérédité n'est autre que le patrimoine du défunt, considéré comme une universalité de droits. Or, le patrimoine en tant qu'universalité est une émanation de la puissance juridique d'une personne ; il ne peut donc se transmettre qu'à celui qui occupe juridiquement la place du défunt, qui se trouve ainsi investi de la puissance de celui-ci dans le domaine des droits patrimoniaux ⁽⁵³⁾.

(53) V. § suivant, n° 4.

Que la succession soit la mise de l'héritier à la place du défunt, que le patrimoine héréditaire objet de la succession soit conçu comme une universalité juridique, ce sont là deux idées qui, loin de s'exclure comme le soutient M. Bonfante, sont étroitement liées dans l'esprit des jurisconsultes classiques.

Les jurisconsultes n'ont pas négligé le côté objectif de la succession. Le mot *hereditas* a pour eux une double signification ; il désigne non seulement le *jus successionis* lui-même, mais encore l'objet de ce droit, le patrimoine du défunt conçu comme une unité, une *universitas*. C'est ce que nous dit clairement Africain au fr. 208 D 50-16 ⁽⁵⁴⁾. « *Bonorum appellatio*, dit-il, *sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis et non singulas res demonstrat* » ⁽⁵⁵⁾.

Mais les jurisconsultes n'ont pas fait œuvre de pure doctrine ; leur conception de l'*universitas* n'apparaît qu'incidemment. L'*universitas* n'occupe pas dans leurs ouvrages la place prépondérante qu'elle occupera dans les œuvres post-classiques. Après le quatrième siècle de l'ère chrétienne, les méthodes se transforment ; la doctrine jusqu'alors délaissée prend une revanche de plus en plus éclatante. La divergence profonde, maintes fois signalée ⁽⁵⁶⁾, entre le palimpseste d'Autun et le texte original de Gaius ne doit pas nous surprendre. On comprend aisément que le jurisconsulte classique n'ait pas jugé bon de faire toute

(54) Africanus *lib. 4 Quaestionum*. En ce qui concerne l'authenticité de ce texte, v. *infra*, note 60.

(55) Cf. Gaius, *Com. 2*, §§ 14 et 54.

(56) Gaius, *Com. 2*, §§ 246-259, et Fragments d'Autun, § 61-63. V. l'article déjà cité de M. Bonfante dans les *Rendiconti Lombardo*, t. 39.

cette dissertation sur l'*universitas* que nous pouvons lire dans le manuscrit d'Autun. De même, la faveur croissante dont la notion d'*universitas* a été l'objet depuis la compilation justinienne ⁽⁵⁷⁾ ne fournit aucun argument contre la thèse que nous défendons. Celle-ci n'est pas ébranlée non plus par la vraisemblance d'une grande partie des interpolations soutenues par MM. Longo et Bonfante.

Il paraît bien établi depuis les travaux de M. Longo ⁽⁵⁸⁾ que les compilateurs ont été les premiers à se servir du mot *successio* pour désigner des transferts à titre particulier; il faut, en conséquence, admettre avec cet auteur l'interpolation des passages où la succession universelle appelée *successio in omne* ou *in universum jus* est opposée à la *successio unius rei*. Peut-être même doit-on aller plus loin et imputer toujours aux compilateurs l'expression *succedere in universum jus* et les expressions semblables ⁽⁵⁹⁾.

(57) V. sur la question : Longo, *Sull' hereditas concepita come universitas*, dans *Studi Fadda*, t. 1 (1906), p. 125 suiv.

(58) Longo, *Bull.*, t. 14 (1902), p. 127 suiv. et 224 suiv.; t. 15 (1903), p. 283 suiv. V. dans le même sens Bonfante, *Studi Scialoja*, t. 1, p. 539 suiv.; Corso, t. 6, p. 5 suiv. M. Longo soutient l'interpolation des textes suivants : fr. 19, § 5, D. 21-1; 3, § 1, D. 21-3; 37 D. 29-2; 25, § 1, D. 39-2; 1, § 13, D. 43-3; 6 D. 44-1.

(59) C'est en ce sens que se prononce M. Bonfante. Nous admettons l'interpolation d'une manière générale de ces expressions sous la condition toutefois que l'expression *successio in jus* soit spéciale à la succession pour cause de mort, ce que M. Bonfante paraît contester (*V. Studi Scialoja*, t. 1, p. 537). S'il en était autrement, les Classiques, eux-mêmes, auraient eu intérêt à se servir de l'expression *successio in universum jus*; elle leur aurait permis de distinguer parmi les successions universelles (*successiones in jus*) celles qui avaient pour objet une universalité, des autres successions.

Nous trouvons l'expression *successio in universum jus* dans ces deux définitions de l'hérédité : 1° Fr. 62 D. 50-17 (*Julianus lib. 17 digest.*) : « *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit* » ; 2° fr. 24 D. 50-16 (*Gaius lib. 6 ad ed. prov.*) : « *Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.* » M. Bonfante supprime

Par contre, nous ne croyons pas que le mot *universitas*, dans les textes où il est pris avec le sens technique d'universalité de droits, soit toujours interpolé. Ce terme, employé avec ce sens en matière successorale, visait sous une désignation commune l'hérédité civile et l'hérédité prétorienne, l'*hereditas* et la *bonorum possessio*. Les jurisconsultes classiques eux-mêmes avaient dû être amenés à l'employer dans les passages où ils définissaient l'hérédité prétorienne et la comparaient à l'hérédité civile. Tel est le cas au fr. 208 D. 50-16 d'Africain : « *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis et non singulas res demonstrat* ». Africain devait nécessairement employer un mot s'appliquant autant à l'hérédité civile qu'à l'hérédité prétorienne et soulignant le caractère d'universalité du patrimoine héréditaire. En effet, *bona* désigne ordinairement l'actif patrimonial et Africain voulait nous dire que, dans l'expression : *bonorum possessio*, il désignait à la fois l'ac-

dans ces deux textes « *universum* » et la phrase « *quod...* ». Les interpolations soutenues par M. Bonfante sont vraisemblables (au moins celles du mot *universum*), si la succession pour cause de mort est à l'époque classique seule désignée comme une *successio in ius*. Mais dans le cas contraire, les définitions de Julien et de Gaius seraient bien incomplètes avec les rectifications de M. Bonfante, puisqu'elles pourraient s'appliquer à tout autre sorte de succession et ne mettraient pas en relief le trait caractéristique de la succession pour cause de mort : l'obligation indéfinie de l'héritier aux charges du défunt.

Nous tenons pour interpolé le fr. 128, § 1, D. 50-17 (Paul, *lib. 19 ad edictum*) : « *Hi, qui in universum ius succedunt, heredis loco habentur* ». V. contre l'authenticité de ce texte : Bonfante, *Studi Scialoja*, t. 1, p. 544 ; *Scritti Giuridici*, t. 1, p. 262 ; Corso, t. 6, p. 50 ; Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, t. 3, p. 78, n. 3 ; De l'acquisition de l'hérédité par l'intermédiaire du fils ou de l'esclave d'autrui, R. H. de droit, 1931, p. 635 suiv.

tif et le passif ⁽⁶⁰⁾. Il en est de même du fr. 3 pr. D. 37-1 où Ulpien nous dit : « *Bona autem hic, ut plerumque*

(60) L'interpolation de ce texte a été vivement soutenue par M. Biondi (La *legitimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Annali Perugia, 1913, p. 402), et les conclusions présentées par cet auteur ont été adoptées par M. Albertario (*Actio de universitate et actio specialis in rem*, Annali Perugia, 1919, p. 37). M. Bonfante soutient actuellement l'interpolation, dans ce texte, des mots « *universitatem quandam ac* » (v. Corso, t. 6, p. 102, cf. Studi Scialoja, t. 1, p. 555, où M. Bonfante déclarait le fr. 208 suspect, mais ne voulait pas y entendre le mot « *universitas* » avec un sens technique).

Ecartons d'abord les arguments présentés par M. Biondi contre l'authenticité de ce fr. 208. L'auteur objecte que *hereditas* n'équivaut pas à *jus successionis* et que, dans ces conditions, Africain ne pouvait pas définir la *bonorum possessio* comme un *jus successionis*. On peut répondre à cela en invoquant l'autorité de Gaius. Celui-ci nous dit, en effet, au § 14 de son Commentaire 2 : *Incorporeales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae jure consistunt, sicut hereditas... Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur... nam ipsum jus successionis... incorporeale est.* »

Selon M. Biondi, seuls les Compilateurs auraient considéré la *bonorum possessio* comme une *universitas* à l'égal de l'hérédité ; d'où l'interpolation de notre fragment et des textes où la *bonorum possessio* est présentée comme une universalité de droits, c'est-à-dire un ensemble d'éléments actifs et passifs (fr. 1 ; 3 pr. D. 37-1 ; 119 D. 50-16). Les Byzantins auraient assimilé la *bonorum possessio* à l'hérédité alors que les classiques auraient conçu les deux choses comme fort distinctes. En réalité les jurisconsultes classiques ne pouvaient pas méconnaître l'analogie qui existait déjà à leur époque entre la succession civile et la succession prétorienne. Contrairement à ce que pensent MM. Biondi et Albertario (*Il. cc.*). *l'hereditatis petitio possessoria* est une institution classique (cf. Girard Manuel, p. 959). Sans doute, le mot *bona* n'a pas en général le sens d'universalité. Mais, précisément pour ce motif, les jurisconsultes devaient indiquer dans quel sens il fallait l'entendre quand il s'agissait de la succession prétorienne. *Bona* désigne l'objet de la succession prétorienne comme *hereditas* celui de la succession civile. Or, on ne contestera pas que l'une et l'autre de ces successions assurent le transfert du passif.

Le fr. 1 D. 37-1 (Ulpianus, *lib. 39 ad edictum*), qui précise également le sens spécial de *bona* en matière de succession, peut être à juste titre critiqué ; on ne doit pas cependant l'écarter complètement. Ce texte est ainsi rédigé : « *Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt tribuit ; nam haec omnia bonis sunt conjuncta* ». La *bonorum possessio* ne transfère pas le *dominium* des biens héréditaires. La phrase *itemque dominium rerum* est une glose ou une interpolation, supprimons-la, mais sans toucher au reste du texte ; rien n'autorise de plus importantes retouches.

Au fr. 119 D. 50-16 (Pomponius, *lib. 3 ad quint. Muc.*), M. Biondi efface la mention de la *bonorum possessio*. « *Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem ; juris enim nomen est sicuti bonorum possessio* ». Il est étonnant, déclare M. Biondi, que Pomponius invoque l'analogie de la *bonorum*

solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis » (61).

Bien que ce texte ait été l'objet de nombreuses critiques, sa substance nous paraît classique. Etant donné le sens ordinaire du mot *bona*, il était naturel que les jurisconsultes indiquent le sens dans lequel il fallait l'entendre lorsqu'il s'agissait de la *bonorum possessio*.

possessio pour définir l'hérédité. En réalité, Pomponius ne justifie pas la règle qu'il énonce par l'exemple de la *possessio bonorum*. Il nous dit simplement que l'hérédité est un *juris nomen*, qu'elle peut être *damnosa* et il ajoute qu'il en est de même de la *bonorum possessio*.

En ce qui concerne le fr. 3 pr. D. 37-1, v. la note suivante.

Africain, au fr. 208, devait bien comparer la *bonorum possessio* à l'hérédité. Mais faut-il admettre l'interpolation des mots : *universitatem quadam ac* ? Nous ne le croyons pas. Il résulte d'une comparaison entre les §§ 14 et 54 du Com. 2 de Gaius que *hereditas* désignait à l'époque classique non seulement le *jus successionis*, mais encore le patrimoine héréditaire (au § 54 Gaius entend par *hereditas* l'objet de la succession, le patrimoine héréditaire).

(61) Voici l'ensemble du fr. 3 pr. D. 37-1 (Ulpian. *lib. 39 ad. Ed.*) : « *Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui suscipiturque ejus rei commodum et incommodum : nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.* » V. sur ce texte : Lenel, *Palingenesia* ; Fadda, *Concetti Fundamentalì*, t. 1, p. 12 ; Longo, *Bull.*, t. 15, p. 289 suiv. ; Studi Fadda, t. 1, p. 134 suiv. ; Bonfante, *Studi Scialoja*, t. 1, p. 555 ; Corso, t. 6, p. 100, n. 2 ; Biondi, *Annali Perugia*, 1913, p. 401-402 ; Albertario, *Annali Perugia*, 1919, p. 36 ; La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, p. 233.

L'interpolation de la partie du texte où se trouve le mot *universitatis* a été soutenue par MM. Longo et Bonfante et elle est admise par MM. Biondi, Albertario et La Pira. Le génitif *universitatis* est déclaré suspect en raison de la proximité du mot *successio* ; on a rapproché l'expression *successio universitatis* de celles de *donatio universitatis* et semblables qui seraient byzantines (Longo). Mais il faut bien reconnaître que *successio universitatis* est ici la simple liaison accidentelle de deux mots. Nous croyons d'ailleurs que la phrase « *cujusque... incommodum* » est à supprimer. Elle fait double emploi avec ce qui suit (les interpolations soutenues dans la phrase « *nam...* » par Mommsen et MM. Lenel et La Pira ne nous paraissent pas établies).

La substitution de *hereditatis* ou *in hereditatem* à *universitatis* proposée par M. Bonfante n'est pas admissible ; le mot *hereditas* étant spécial à l'hérédité civile.

Par contre, M. Bonfante supprime avec raison, croyons-nous, les mots *ut plerumque solemus dicere* et *proprie* (*proprie* rend le texte inintelligible. Sans doute, *bona* est entendu ici avec un sens impropre, mais cela était suffisamment indiqué par les mots *hic* et *hoc loco*).

Mais, comme il s'agissait ici de la succession prétorienne, Ulpien devait hésiter à employer le mot *hereditas*.

Il faut d'ailleurs reconnaître que le mot *universitas* n'était pas employé avec un sens technique aussi fréquemment à l'époque classique qu'il le fut plus tard ⁽⁶²⁾.

Que l'hérédité ait été considérée par les jurisconsultes classiques comme une universalité de droits, cela résulte nettement des sources.

Le mot *hereditas*, nous le savons, désigne, à l'époque classique, d'une part, le *jus successionis*, d'autre part, le patrimoine du défunt ⁽⁶³⁾.

L'*hereditas*, dans la deuxième acception du mot, nous est présentée comme un ensemble de biens et de charges, de rapports juridiques actifs et passifs; c'est l'ensemble des droits et des charges du défunt ⁽⁶⁴⁾. Or,

(62) *Universitatem* doit être conservé au fr. 7 pr. D. 48-20 (Paulus, *lib. sing. de Portionibus quae liberis damnatorum conceduntur*). Ce mot est ici préférable au mot *hereditatem* que lui substitue M. Bonfante (*Studi Sialoja*, t. 1, p. 555-556; *Scritti Giuridici*, t. 1, p. 275. Selon, M. Albertario, *op. cit.*, p. 36, ce texte serait interpolé.

Il faut également maintenir au fr. 1 D. 6-1 l'expression *actio de universitate* (cf. 1, pr. D. 43-1 et 1, § 1, D. 43-2). M. Bonfante la retient pour classique mais ne veut pas entendre ici le mot *universitas* avec un sens technique (V. Corso, t. 6, p. 51). M. Albertario, *op. cit.*, p. 33 suiv., soutient l'interpolation de ce fr., mais sans invoquer d'arguments tirés du texte même. M. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 185, n. 9, croit lui aussi ce texte interpolé, mais en retient la substance pour classique et n'invoque pas d'arguments nouveaux en faveur de l'interpolation.

Par contre le fr. 16 (17), § 2, D. 36-1, est vraisemblablement interpolé (v. en ce sens Bonfante, *Studi Sialoja*, t. 1, p. 551-552; *Scritti Giuridici*, t. 1, p. 270-271; Corso, t. 6, p. 52).

Suspect également est le fr. 18, § 5, D. 3-5. Quant aux mots *vel alia universitate* du fr. 20, § 10, D. 5-3, l'interpolation n'en est pas douteuse. On peut enfin se demander si le mot *universitas* appliqué à la dot au fr. 104 D. 33-4 était pris avec un sens technique, le texte étant supposé non interpolé.

(63) V. fr. 208 D. 50-16 et Gaius, *Com.* 2, §§ 14. et 54.

(64) Fr. 1; 3 pr. D. 37-1; 119 D. 50-16.

ces éléments actifs et passifs se trouvent liés au point de former une unité, une entité abstraite indépendante de son contenu. L'*hereditas* est une *res incorporalis* ⁽⁶⁵⁾, un *juris nomen quod et accessionem et decessionem in se recipit* : elle subsiste même *sine ullo corpore* ⁽⁶⁶⁾. Ce ne sont pas là d'ailleurs des caractères propres à l'hérédité, mais des traits distinctifs des *universitates jurium* et que nous retrouverons dans le pécule ⁽⁶⁷⁾. Celui-ci, contrairement à ce que pense M. Bonfante ⁽⁶⁸⁾, pouvait exister indépendamment de tout contenu.

IV. — L'universalité juridique se présente, en droit romain, sous les traits qui peuvent encore la caractériser dans le droit moderne. Les critiques faites aux doctrines de la Glose et des anciens auteurs, justifiées sur le terrain du droit positif, le sont également au point de vue historique ⁽⁶⁹⁾.

Comme le montrent MM. Fadda et Bensa ⁽⁷⁰⁾, les universalités juridiques du droit romain sont des *universitates jurium*, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas composées d'éléments hétérogènes, corporels et incorporels, meubles et immeubles, mais de rapports juridiques actifs et passifs. En second lieu, la subroga-

(65) Gaius, Com. 2, § 54.

(66) Fr. 50 pr. D. 5-3 : 119 ; 178, § 1, D. 50-16.

(67) V. *infra*, p. 193 suiv.

(68) Studi Scialoja, t. 1, p. 565 (Scritti Giuridici, t. 1, p. 299).

(69) V. outre les articles cités de Hasse et Mühlhenbruch et la note de MM. Fadda et Bensa à la traduction italienne des Pandectes de Windscheid : Flach, De la subrogation réelle, N. R. H., t. 14, 1868, p. 477 suiv. ; Plastara, La notion juridique du patrimoine, thèse Paris, 1903, p. 37 suiv. ; Cazelles, De l'idée de la continuation de la personne, thèse Paris, 1905, p. 378 suiv. ; Bonfante, Corso, t. 2 (1), p. 130 suiv.

(70) *Op. cit.*, p. 484.

tion réelle ne joue pas de plein droit à l'intérieur des seules universalités juridiques. Enfin, toutes les *universitates jurium* ne pouvaient pas faire l'objet d'une *vindicatio generalis* comme le soutenaient d'anciens auteurs ⁽⁷¹⁾.

La conception très nette que les jurisconsultes se sont faite de l'universalité de choses, nous permet de caractériser par rapport à celle-ci l'universalité de droits. La première est une *res corporalis*; d'où les conséquences suivantes : elle ne peut comprendre que des *res corporales*, elle disparaît avec la perte de tous ses éléments constitutifs ou même simplement de la majorité de ceux-ci, elle est susceptible d'une *rei vindicatio* unique, elle peut être l'objet des droits qui portent sur les *corpora unita*. L'*universitas* est, elle aussi, une chose distincte des éléments qui la composent, mais c'est une *res incorporalis*, elle est formée de rapports juridiques actifs ou passifs, elle subsiste même en l'absence de tout contenu.

Quelles étaient, à côté de l'hérédité, les autres *universitates jurium* du droit romain ? C'étaient le pécule et la *merx peculiaris*, comme nous le verrons, peut-être la dot, enfin le patrimoine du vivant de son titulaire. Il convient d'étudier plus spécialement ici le patrimoine des personnes vivantes en tant qu'*universitas jurium*.

Le patrimoine, du vivant de son titulaire, ne semble pas, à première vue, avoir été considéré comme une

(71) V. notamment Hasse ; Mülhenbruch ; Fadda et Bensa ; Flach, *ll. cc.*

universalité juridique par les jurisconsultes classiques.

Selon une théorie couramment admise, le patrimoine n'aurait été considéré comme une universalité juridique qu'en matière de succession *in jus* ⁽⁷²⁾. On a soutenu également qu'il constituait une unité, mais ne comprenait pas les dettes, et cela autant du vivant de la personne qu'en matière de succession ⁽⁷³⁾.

Les théories qui contestent au patrimoine le caractère d'universalité juridique semblent trouver dans les sources des points d'appui des plus sérieux.

Les actes de disposition entre vifs portant sur la fortune d'une personne ne comportent pas transfert du passif. Le cessionnaire, le donataire ne deviennent pas débiteurs; le passif est mis à leur charge d'une façon seulement indirecte et limitée, en ce sens qu'ils ne reçoivent les *bona* que déduction faite des dettes en vertu de la règle : « *bona non sunt nisi deducto aere alieno* » ⁽⁷⁴⁾.

La fortune d'une personne est appelée *patrimonium, facultates*, le plus souvent *bona* ⁽⁷⁵⁾, et l'on a voulu voir dans ce mot *bona* le terme technique désignant le patrimoine ⁽⁷⁶⁾. Or, *bona* ne vise ordinairement que les éléments actifs d'un patrimoine; il ne vise l'ensemble de l'actif et du passif que dans l'ex-

(72) V. en ce sens les auteurs cités par Birkmeyer, *op. cit.*, p. 27-30. V. encore Fadda et Bensa, Windscheid Pandette, t. 1 (1), p. 666 suiv.

(73) Birkmeyer, *op. cit.*, p. 125-289.

(74) V. *infra*, n° 5.

(75) V. les textes cités par Birkmeyer, *op. cit.*, p. 2 suiv.

(76) Ainsi Birkmeyer, *op. cit.*, p. 1 suiv.

pression « *possessio bonorum* ». Enfin, si la règle *bona non sunt nisi deducto aere alieno* lie dans une certaine mesure dettes et *bona*, elle laisse les dettes complètement en dehors des *bona*. Les dettes sont déduites des *bona*, par conséquent elles n'y sont point comprises.

Cependant, les conclusions que l'on a tirées de ces règles et de cette terminologie ne nous paraissent pas exactes.

On comprend aisément que les transactions portant sur la fortune d'une personne n'aient pas pu aboutir à un transfert de tout le patrimoine en tant qu'universalité de droits. Le patrimoine, émanation de la puissance juridique d'une personne, ne peut pas se transmettre par un acte à titre particulier. Il ne peut se transmettre qu'avec la puissance d'où il émane ; l'enfremise de la *successio in jus defuncti* est nécessaire (77). Mais les jurisconsultes devaient concevoir implicitement le patrimoine des personnes vivantes comme une universalité car c'est là le présupposé des conceptions qu'ils exposent plus clairement en matière d'hérédité et de *possessio bonorum*. Ce n'est pas d'ailleurs une simple conjecture. La pensée des jurisconsultes, révélée d'une manière seulement indirecte, l'est assez sûrement cependant. Le pécule, universalité de droits, est maintes fois comparé à un patrimoine dans les sources classiques (78). Mais surtout en cas de jacence de l'hérédité les jurisconsultes, à par-

(77) V. § suivant, n° 4.

(78) Fr. 19, § 1 ; 32 pr. ; 47, § 6, D. 15-1 (cf. 5, § 3, et 39 h. t.).

tir d'une certaine époque, supposèrent par fiction que le défunt était encore vivant à la tête de son patrimoine ⁽⁷⁹⁾. Or, l'hérédité jacente est une *universitas juris*. N'est-ce pas là la preuve que les jurisconsultes concevaient implicitement comme tel le patrimoine.

L'impossibilité d'une transmission du patrimoine par un acte à titre particulier n'imposait pas l'élaboration d'un terme technique pour le désigner du vivant de la personne. Le mot *bona* ne vise le patrimoine que dans la succession prétorienne. En dehors de là, il ne désigne que les éléments actifs du patrimoine ou l'ensemble de ces éléments.

A côté de la notion d'universalité, nous trouvons en droit classique celle de *bona*, notion moins abstraite et de formation antérieure.

V. — La notion d'universalité juridique apparut longtemps après celle de *corpus ex distantibus*. On a pu soutenir ainsi, non sans vraisemblance, que toutes les universalités juridiques du droit classique avaient été, à un moment donné, des *corpora ex distantibus* ⁽⁸⁰⁾; du moins la chose nous paraît certaine en ce qui concerne le pécule ⁽⁸¹⁾. On peut concevoir sans trop de peine comme des objets uniques des ensembles de *res corporales*, car il y a, somme toute, une matière qui concrétise de tels objets. Mais la notion d'*universitas juris* est infiniment plus abstraite. La réunion de tous les droits patrimoniaux actifs ou passifs d'une

(79) V. § suivant, n° 3.

(80) V. Vernay, *op. cit.*, p. 142.

(81) V. *infra*, p. 219 suiv.

personne (ou quelques-uns de ces droits) en une même entité idéale, la conception d'une *universitas* subsistant non seulement en l'absence de toute matière, mais plus généralement de tout élément constitutif quel qu'il soit, cela dépassait l'imagination des premiers juristes.

Le patrimoine, pour les anciens, n'était qu'un ensemble de *res corporales*. Les créances et dettes considérées alors exclusivement comme des liens personnels entre deux individus ou deux familles n'avaient pas une valeur patrimoniale. Si elles se transmettaient aux héritiers, ce n'était pas en vertu d'une conception de l'hérédité comme *universitas*, mais, en vertu de la solidarité existant entre les membres d'une même famille à l'égard des *heredes sui* et même des *gentiles*, en vertu d'une disposition des Douze Tables en ce qui concerne les héritiers externes ⁽⁸²⁾.

On en vint toutefois assez tôt à considérer les dettes comme une charge des biens. Cette idée apparaît déjà dans la loi *Pœtelia Papiria* ⁽⁸³⁾ et elle est nettement consacrée par les procédures de la *sectio bonorum* et de la *bonorum venditio*.

Mais les dettes étant considérées comme une charge des biens, on n'imagina pas tout de suite l'*universitas jurium*, on élaborait la notion de *bona* et la règle : *bona non sunt nisi deducto aere alieno*.

Que faut-il entendre par *bona* ?

Bona a plusieurs sens. Ulpien au fr. 49 D. 50-16 oppose les sens naturel et juridique de *bona*. « *Bonorum*

(82) V. § suivant, note 59.

(83) V. Birkmeyer, *op. cit.*, p. 7.

appelatio, dit-il, *aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt : beare est prodesse* ». Ulpien nous explique le sens de *bona, naturaliter*, non *civiliter*. Aussi, les anciens auteurs pensaient-ils, en général, que *bona* désignait, *civiliter*, l'ensemble des biens et des charges d'une personne ⁽⁸⁴⁾. Certes, les jurisconsultes classiques donnent bien ce sens au mot *bona* dans l'expression *possessio bonorum* ⁽⁸⁵⁾. Mais ils prennent soin de nous dire que c'est là un sens impropre ⁽⁸⁶⁾. Comme l'a démontré Birkmeyer ⁽⁸⁷⁾, Ulpien n'entend pas ainsi, *civiliter*, le mot *bona*. Dans le texte cité, le jurisconsulte, après avoir défini les *bona, naturaliter*, fournit cette série d'exemples qui semblent ne pas avoir un rapport immédiat avec ce qui précède : « *In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quæ domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint* ⁽⁸⁸⁾. *Aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus : nam hæc omnia in bonis esse videntur* ». Les exemples qui nous sont donnés par Ulpien

(84) V. ainsi Glose ad l. 49 D. 50-16 : « *Civilis est : cum significat hereditatem bonorumve possessionem, ut l. 5 § 6, D. 36-4, vel ipsa bona in universo, ut l. 208 D. 50-16, quæ omnia commodum et incommodum habent, ut l. 3, pr. D. 37-1 et l. 119 D. 50-16. Sed naturalis. cum afferunt commodum, vel si afferunt incommodum eo deducto quod superest continetur appellatione bonorum, ut l. 39, § 1, et l. 83 D. 50-16 et l. 72 pr. D. 23-3* ». V. dans le même sens Cujas, *op.* 8, 6, 477, 502 et les autres auteurs cités par Birkmeyer, *op. cit.*, p. 16-17.

(85) Fr. 1 ; 3 pr. D. 37-1 ; 119 D. 50-16 ; Cf. 208 D. 50-16.

(86) Fr. 83 D. 50-16 (Javolenus, *lib. 5 en Plautio*) : « *Proprie bona dici non possunt, quæ plus incommodi quam commodi habent* ». Cf. fr. 3 D. 37-1 (Ulpianus *lib. 39 ad. ed.*).

(87) *Op. cit.*, p. 15 suiv.

(88) Nous n'avons pas à discuter ici de l'interpolation des mots *vel superficiaria sint* soutenue par M. Albertario selon Krüger.

ne peuvent pas être présentés par le jurisconsulte à l'appui de sa définition des *bona* au sens naturel. Ils correspondent à une plus étroite signification de ce mot, à son sens juridique. *Civiliter*, les *bona* sont, parmi les choses *qui beatos faciunt*, celles dont nous pouvons jouir, non seulement en fait, mais juridiquement, c'est-à-dire celles sur lesquelles nous possédons un droit. Le texte d'Ulpien est incomplet et l'on doit intercaler avec Mommsen et Krüger, entre *prodesse* et *In bonis autem*, la phrase suivante : *Civiliter bona dicuntur, quæ patrimonii nostri sunt*.

Bona, à l'époque classique, désigne donc : 1° les choses *qui beatos faciunt* (sens naturel) ; 2° les biens sur lesquels nous possédons un droit (sens juridique) ; 3° le patrimoine héréditaire dans la succession prétorienne (sens impropre).

Les deux premiers sens du mot *bona* sont anciens, le troisième sens, jugé encore impropre par les jurisconsultes classiques, est récent.

En matière de *possessio bonorum*, le mot *bona* ne désigna tout d'abord que les biens corporels. Le préteur met l'héritier qu'il protège ou qu'il institue en possession des *bona*, des biens corporels du *de cuius*. Puis — et ce fut là l'objet d'une disposition postérieure ⁽⁸⁹⁾ — il lui permet d'intenter, au moyen de fictions, les actions que possédait le défunt et qui ne pouvaient se transmettre qu'à un héritier civil; et il permet également par ce même procédé aux créan-

(89) V. Girard, Manuel, p. 895; 960.

ciers de poursuivre le *bonorum possessor* ⁽⁹⁰⁾. Les jurisconsultes classiques dégagèrent la notion d'*universalitas jurium* et conçurent comme des universalités le patrimoine et l'hérédité. Ils furent alors amenés à entendre le mot *bona* en matière de succession avec un sens tout nouveau : celui d'universalité. Mais ils se heurtèrent à une terminologie précise et bien établie : les *bona* sont les biens d'une personne, non l'ensemble de ses biens et de ses charges; aussi dûrent-ils reconnaître que, dans l'expression *possessio bonorum*, *bona* était entendu avec un sens spécial et impropre.

Le lien établi déjà dans l'ancien droit entre les *bona* et les dettes fit élaborer la règle : *bona non sunt nisi deducto aere alieno*, règle qui va nous permettre de préciser la notion de *bona*.

Cette règle est encore en pleine vigueur et nettement formulée à l'époque classique ⁽⁹¹⁾. Elle s'applique dans de nombreuses hypothèses, notamment dans la plupart de celles où la fortune d'une personne est transmise en tout ou en partie par un acte à titre particulier : vente, donation, legs ⁽⁹²⁾. Quelle est son origine ?

Au moins, dès la fin de la République, il est en usage de désigner la fortune d'une personne ou son héré-

(90) Gaius, Com. 3, § 81 ; 4, § 34.

(91) V. Fr. 39, § 1, D. 50-16 (Paulus, *lib. 53 ad ed.*) : « *Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt* ». Fr. 2, § 1, D. 37-6 (Paulus, *lib. 41 ad ed.*) : « *Illud autem intelligendum est filium in bonis habere, quod deducto aere alieno superest...* » Fr. 11 D. 49-14 (Javolenus, *lib. 9 Epist.*) : « *Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt ; id enim bonorum cuiusque esse intellegitur, quod aeri alieno superest* ». V. encore les fr. 50, § 1, D. 5-1 ; 72 pr. D. 23-3 (sur ce texte v. Bonfante, *Studi Sciajola*, t. 1, p. 565, n. 3) ; 43 D. 33-2 ; 1, § 12, D. 35-3 ; 1, § 18, D. 36-1 ; 2 pr. D. 37-6.

(92) V. note précédente.

dité par un chiffre ⁽⁹³⁾. Les *bona* se trouvent ainsi convertis en argent liquide par une opération de l'esprit. En parfaite harmonie avec cet usage se trouve l'expression *aes alienum* qui désigne la dette. Le *sui juris* est censé avoir en mains une somme d'argent liquide, cette somme représente tout ce qu'il possède. Mais s'il est débiteur, une partie de cette somme d'argent constituera l'*aes alienum*. Les *bona* d'une personne, ce qui lui appartient réellement, c'est ce qui reste déduction faite de l'argent d'autrui, *aes alienum*. Avec cette conception on arrive tout naturellement à la règle : *bona non sunt nisi deducto aere alieno* ⁽⁹⁴⁾.

Cette règle se trouve dans un étroit rapport avec la procédure de la *venditio bonorum*. Le débiteur en faillite dont le passif égale ou dépasse l'actif n'a, *civilliter*, aucun *bona*. Tout ce qu'il possède est *aes alienum*, argent d'autrui et appartient à ses créanciers. Aussi le préteur l'attribue-t-il à ceux-ci. Mais, en fait, les *bona* peuvent consister en objets de toute nature et il importe de les transformer réellement en argent ; c'est ce qui a lieu par la *venditio bonorum*.

Les *bona* peuvent être considérés non pas isolément mais dans leur ensemble, ils constituent alors une

(93) Pernice, Labeo, t. 1, p. 332. — V. les passages suivants cités par Pernice : Cicéron Ver. 2, 20, 35, 53 ; Phil. 2, 40 ; Pétrone Sat. 71.

(94) V. Pernice, *op. cit.*, t. 1, p. 332. L'auteur, après avoir signalé l'usage de désigner la fortune d'une personne par sa valeur nominale, ajoute : « Daher stammt denn auch der Ausdruck *aes alienum* für Schulden aller Art. Die Vorstellung dabei ist die, dass Schulden der Teil meiner *pecunia*, d. h. des Wertes meines Vermögens sind, welcher einem andern gehört, der deshalb notwendig und ohne Weiteres abgezogen werden muss. Der Gegensatz ist *aes meum* oder häufiger *nummi mei*, welcher den Activbestand des Vermögens bedcutet. »

masse de valeurs patrimoniales évaluée en argent et d'où l'*aes alienum* est à déduire. La notion de *bona* est voisine de celle d'*universitas*. La masse des *bona* étant fictivement considérée comme une somme d'argent liquide, les *bona* sont aussi fongibles que les éléments d'une *universitas jurium*. En second lieu, si les dettes ne font pas partie des *bona*, par contre elles en réduisent le montant.

La notion de *bona* subsiste, à l'époque classique, à côté de celle d'*universitas* et elle produit ses conséquences normales dans les hypothèses où la notion d'*universitas* ne peut pas intervenir.

A la fin de la République, la notion d'*universitas jurium* n'étant pas encore connue, c'est la notion de *bona* qui s'applique au patrimoine et aux autres ensembles patrimoniaux, tandis que les règles du droit successoral ne sont pas encore groupées dans une doctrine juridique. Au cours de l'époque républicaine, deux masses patrimoniales furent à définir : le pécule et la dot ⁽⁹⁵⁾. Les juristes se les représentèrent comme des masses de *bona* et leur appliquèrent la règle : *bona non sunt nisi deducto aere alieno*. Ainsi apparurent ces deux règles : *Peculium est quod servus separatum a rationibus dominicis habet deducto inde si quid domino debetur* ⁽⁹⁶⁾. — *Impensæ necessariæ ipso jure minuunt dotem* ⁽⁹⁷⁾.

(95) Le pécule, à cause de l'édit sur l'action *de peculio* ; la dot à cause de l'action *rei uxoriae* (V. Pernice, Labeo, t. 1, p. 385).

(96) V. fr. 5, § 4, et 9, § 3, D. 15-1, qui attestent l'existence de cette règle dès la fin de la République.

(97) V. pour l'époque classique : Ulpien, Reg. 6, 14-17 ; Fr. Sinaï, 8-9 et livre 25, titre I, au Digeste.

Mais, nous verrons qu'au début de l'époque classique on cessa de traiter le pécule comme une masse de *bona* pour en faire une *universitas jurium* ⁽⁹⁸⁾. C'est là une nouvelle preuve de l'antériorité de la notion de *bona* par rapport à celle d'*universitas*. En même temps, nous apprenons que la notion d'*universitas* s'est dégagée au début de l'époque classique.

§ II. — FONDEMENT JURIDIQUE DES DIVERSES « UNIVERSITATES JURIIUM » DU DROIT ROMAIN. — LA THÉORIE DU PATRIMOINE.

1. Idée de but et idée de personnalité. Conciliation et opposition de ces idées dans les ouvrages des Pandectistes et des Civilistes modernes. Conception romaine : le patrimoine, émanation de la puissance juridique du *sui juris*, peut se subdiviser en *universitates iurium* affectées à un but déterminé. — 2. La personnalité morale en droit romain. Influence en cette matière de la notion de *corpus ex distantibus*. Les prétendues personnes morales du droit romain sont des êtres collectifs ayant une existence réelle et pouvant jouir de droits patrimoniaux. — 3. La théorie de l'*hereditas jacens*. — 4. Le concept de succession *in locum et in jus defuncti*. — 5. Aperçu sur d'autres conséquences de la conception romaine classique du patrimoine.

I. — L'*universitas iurium* est une entité abstraite susceptible de contenir des rapports juridiques actifs et passifs. Comment s'explique juridiquement l'existence de ces entités abstraites ? D'où émane cette force attractive qui, sous des conditions déterminées, réunira en un même concept des droits patrimoniaux actifs et passifs ?

(98) V. *infra*, p. 182 suiv.

Avant de rechercher les solutions de la jurisprudence romaine, examinons rapidement comment la question est tranchée en droit moderne.

Pour justifier l'universalité juridique on a fait appel à deux idées : à celle de personnalité et à celle de but ; idées que l'on a parfois opposées, que l'on a parfois aussi cherché à concilier.

En cette matière, la théorie classique du droit français est celle exposée par Aubry et Rau ⁽¹⁾. Ces auteurs, qui n'admettent pas en principe d'autres universalités juridiques que le patrimoine, nous présentent celui-ci comme une émanation de la personnalité juridique reconnue à tout individu. Ils s'expriment ainsi : « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte : que toute personne a nécessairement un patrimoine alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien — que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine dans le sens propre du mot ». Plus loin, Aubry et Rau précisent ainsi la dernière de ces conséquences ⁽³⁾ : « Le patrimoine est en principe un et indivisible comme la personnalité même, non seulement au point de vue déjà indiqué à la fin du paragraphe précédent, et en ce que la même personne ne peut posséder qu'un seul patrimoine, mais encore en ce sens que le patrimoine d'une per-

(1) *Op. cit.*, t. 6, p. 229 suiv. — La théorie d'Aubry et Rau est suivie par MM. Colin et Capitant (Cours élémentaire de droit civil français, t. 1, p. 106 suiv., et Jossierand (*op. cit.*, t. 1, p. 341 suiv.).

(2) *Op. cit.*, p. 231.

(3) *Op. cit.*, t. 6, p. 232.

sonne n'est pas à raison de sa nature incorporelle divisible en parties matérielles ou de quantité et n'est même pas susceptible à raison de l'unité de la personne de se diviser en plusieurs universalités juridiques distinctes les unes des autres ».

Cette théorie du patrimoine a été en butte à de nombreuses critiques (4). Elle ne concorde pas d'ailleurs parfaitement avec les solutions de notre droit. Aubry et Rau eux-mêmes qui, à tort selon nous, ne veulent pas considérer comme des universalités juridiques la dot, la communauté, etc., sont obligés cependant de reconnaître l'existence, à l'intérieur du patrimoine, de certaines universalités de droits, comme les hérédités après une acceptation bénéficiaire ou la séparation des patrimoines, les biens soumis à un droit de retour légal, etc.

On tend actuellement sous l'influence du droit allemand à une conception plus objective du patrimoine. Un certain nombre d'auteurs admettent l'existence de patrimoines sans sujet (5) et l'on a même présenté comme seul principe de cohésion des éléments de tout patrimoine leur commune affectation (6). On ne peut pas admettre dans notre droit l'existence de patrimoines sans maître. Des ouvrages récents condamnent cette conception. « On ne saurait pourtant mé-

(4) V. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 126 suiv. ; Jallu, *op. cit.*, p. 85 suiv. ; Plastara, *op. cit.*, p. 57 suiv. ; Cazelles, *op. cit.*, p. 376 suiv. ; Gazin, *op. cit.*, p. 115 suiv. ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* 9, t. 1, p. 652, n. 1 ; Picard, *op. cit.*, p. 21 suiv.

(5) V. Plastara, *op. cit.*, p. 71 suiv., et Gazin, *op. cit.*, p. 442 suiv.

(6) V. en ce sens Gazin, *op. cit.*, principalement p. 443 suiv. Cf. Picard, *op. cit.*, p. 25.

connaître, dit M. Picard, que la relation établie par la théorie classique entre le patrimoine et la personnalité repose sur cette idée juste que les biens extérieurs sont considérés par le droit dans leur relation avec les fins poursuivies par l'homme. Elle a eu seulement le tort de méconnaître que les fins étant multiples une théorie unitaire du patrimoine ne saurait suffire » (7).

Mais nous ne pensons pas non plus qu'il faille substituer complètement l'idée de but à celle de personnalité ; admettre que les biens d'une personne au lieu de constituer les éléments d'un patrimoine unique, se groupent en un nombre variable de petits patrimoines d'affectations sans rapports entre eux, que la même personne puisse avoir plusieurs patrimoines complètement distincts.

Les idées de but et de personnalité ne sont pas né-

(7) *Op. cit.*, p. 21. Nous lisons encore dans le même ouvrage (p. 26) : « Il faut se garder toutefois de tomber d'un excès dans l'autre et, parce que la doctrine classique a tendu à l'extrême le lien qui unit le patrimoine à la personnalité, vouloir que le patrimoine devienne tout à fait indépendant de la personne, comme dans le droit allemand où est admise l'existence de patrimoines sans maître. Sans doute notre droit tend justement à reconnaître qu'il y a patrimoine là où il y a une masse de biens affectés à une destination commune que, par suite, une personne peut avoir plusieurs patrimoines. Peut-être même admettra-t-il un jour franchement, nous le souhaitons, que chacun de ces patrimoines peut être en tant que tel, l'objet d'une transmission. Mais toutes ses traditions l'éloignent de l'idée d'un patrimoine qui n'appartientrait à personne ». — V. également Josserand, *op. cit.*, t. 1, p. 343 : « Cette réaction, à base économique, nous paraît excessive. S'il n'y avait pas de personnes, il n'y aurait point de patrimoine. Le mot lui-même évoque une idée de puissance, comme la propriété et la paternité ; tous ces mots ont une racine commune et évoquent la même notion de domination. D'ailleurs, les droits sont établis invariablement en vue des personnes ; les choses même groupées en masses compactes, ne sauraient avoir de prérogatives juridiques ; c'est l'homme, qui, à l'état isolé ou sous la forme synthétique de la personnalité morale est la raison d'être et le but de toute règle de droit ; les choses n'ont pas de volonté propre et ne sauraient donc jouer qu'un rôle subordonné dans une organisation essentiellement humaine, où la volonté règne en souveraine maîtresse ».

cessairement incompatibles ; nous les voyons intervenir l'une à côté de l'autre dans une théorie très en vogue chez les Pandectistes allemands.

Selon Bekker ⁽⁸⁾, dont les travaux sont essentiels en la matière, il y a lieu de distinguer deux sortes de patrimoines : ceux des individus (*Individualvermögen*) et les patrimoines d'affectation (*Zweckvermögen*). Les premiers trouveraient leur raison d'être dans la personnalité juridique de leur possesseur, les autres dans le but qui leur est assigné. Ainsi, seraient des « *Zweckvermögen* » les fondations et les patrimoines des personnes morales. Mais, parmi ces patrimoines à but, il faut distinguer à nouveau ceux qui sont autonomes (*unabhängigen Zweckvermögen*), les fondations par exemple, et ceux qui dépendent d'une autre universalité plus vaste, les « *abhängigen Zweckvermögen* » ou « *Sondergüter* ». Comme dans la théorie d'Aubry et Rau, c'est la personnalité juridique des individus qui sert de base à l'« *Individualvermögen* » ; mais, tandis que selon la théorie classique française, le patrimoine ne peut pas se diviser en plusieurs universalités juridiques distinctes, pour les Pandectistes allemands il peut comprendre un nombre indéterminé de « *Sondergüter* ».

Si toute la partie de cette doctrine relative aux fondations et aux sociétés ne peut pas être admise dans notre droit, par contre, les solutions qu'elle nous pro-

(8) Bekker, *Zur Lehre von Rechtssubjekt* dans *Jher. Jahrb. f. die Dogmatik*, t. 12, p. 1 suiv. ; *Zweckvermögen*, insbesondere *Peculium*, dans *Z. f. Handelsrecht*, t. 4 ; *Aktionen*, t. 2 p. 127 suiv. — La théorie des *Zweckvermögen* a été dégagée par Brinz ; v. les développements de cet auteur dans *Pand.*, t. 3, p. 453 suiv.

pose touchant le patrimoine des individus correspondent à la réalité juridique. La dot et les autres universalités de droits dont l'existence a été reconnue même par Aubry et Rau constituent des patrimoines d'affectation. Ce sont des entités susceptibles de comprendre des rapports juridiques actifs ou passifs et créées en vue d'un but déterminé. Mais ce ne sont que les subdivisions du patrimoine unique d'une personne.

Le patrimoine doit être considéré comme une émanation de la personnalité juridique de son sujet et en conséquence il faut admettre que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Mais cela est parfaitement compatible avec l'existence à l'intérieur du patrimoine d'universalités juridiques distinctes. Les droits qui composent ces différents patrimoines d'affectation ne cessent pas en effet de graviter autour de la même personne par cela qu'un but spécial leur est assigné.

Ces solutions qui nous paraissent les meilleures pour notre droit, étaient celles de la jurisprudence classique romaine.

La doctrine des jurisconsultes peut se résumer ainsi : 1° pas de droit sans un titulaire, pas de patrimoine sans un maître; 2° le patrimoine peut englober des universalités juridiques moins vastes affectées à un but déterminé, sans perdre pour cela son homogénéité et sans que la même personne puisse paraître avoir plusieurs patrimoines.

Parmi les universalités juridiques romaines, certaines trouvent leur force de cohésion dans le but auquel elles sont affectées. C'est le cas de la *merx peculiaris*,

du pécule jusqu'à une certaine époque, enfin, de la dot s'il faut la considérer comme une universalité juridique. Le patrimoine au contraire suppose un maître doué de la capacité juridique. Ce lien entre le patrimoine et la personne, souvent reconnu (9), l'impossibilité d'un patrimoine sans maître résultent nettement des sources.

La théorie de la personnalité morale, et celle de l'hérédité jacente montrent l'inadmissibilité à l'époque classique d'un patrimoine sans maître. Le concept de succession *in locum et in jus defuncti* témoigne du lien étroit qui rattache le patrimoine à son titulaire au point d'en faire une émanation de la puissance juridique de ce dernier.

II. — Les personnes morales du droit classique, pour employer la terminologie moderne, ne sont pas pour les jurisconsultes des êtres fictifs, purement imaginaires, mais des êtres ayant une existence réelle, une essence corporelle, participant de la nature humaine, et ainsi, susceptibles de jouir de droits patrimoniaux (10).

Nous nous bornerons à faire en ce sens quelques remarques, car il n'est pas possible d'entreprendre ici une étude générale de la personnalité morale en droit romain.

(9) V. en ce sens Birkmeyer, *op. cit.*, p. 309 suiv. (p. 309 : « In Wahrheit aber ist das Vermögen ein Ausfluss der Persönlichkeit und solange es überhaupt an eine Person geknüpft ist, auf das Innigste mit der Person verbunden ») ; v. encore les auteurs cités par Birkmeyer, *l. c.*, et Cornil, *Debitum et Obligatio*, dans *Mélanges Girard*, t. 1, p. 202.

(10) Cf. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, p. 107 suiv.

Les fondations n'apparurent qu'au Bas Empire ⁽¹¹⁾; à l'époque classique, les personnes morales sont des groupes d'individus : l'Etat, les cités, les colonies, enfin les associations autorisées ⁽¹²⁾.

Ces groupements, appelés dans la compilation justinienne *universitates* ou *corpora* ⁽¹³⁾, ne sont pas traités comme de simples collections d'individus; ils sont juridiquement reconnus comme des unités et sont indépendants des modifications qui se produisent parmi les membres qui les composent. Les membres de la cité ou de l'association peuvent changer, leur nombre peut s'accroître ou diminuer, sans que la cité ou l'association en soit affectée ⁽¹⁴⁾.

Ces groupements ont une capacité juridique propre, un patrimoine qui ne se confond pas avec celui de leurs membres. Des conséquences particulièrement significatives en sont déduites par les jurisconsultes. Ainsi, l'affranchi de la cité ou de l'association n'est pas l'affranchi de chacun des membres de la cité ou de l'association et il peut sans autorisation agir contre l'un d'eux en justice ⁽¹⁵⁾. L'esclave du groupe peut témoigner, être soumis à la torture, contre un membre

(11) Cela est en général admis par les auteurs; v. en ce sens : Pernice, Labeo, t. 1, p. 254 suiv.; Saleilles, *op. cit.*, p. 135; Girard, Manuel, p. 248.

(12) Fr. 1, § 1, D. 3-4. L'association une fois autorisée avait de plein droit la capacité patrimoniale. « Une association, dit Saleilles (*op. cit.*, p. 66), n'était licite que par l'autorisation; mais, dès qu'elle était licite, elle était capable, elle avait la personnalité civile ».

(13) Selon M. Albertario (*Actio de universitate e actio specialis in rem*, Annali Perugia, 1919, p. 38 suiv.), l'emploi du mot *universitas* pour désigner les personnes morales ne serait pas classique.

(14) Fr. 7, § 2, D. 3-4 (cf. sur ce texte les auteurs cités par l'Index Interpolationum); 76 D. 5-1.

(15) Fr. 10, § 4, D. 2-4.

du groupe alors qu'en principe, les esclaves ne sont pas appelés à témoigner contre leur maître (15). Les membres de la cité ou de l'association ne sont pas créanciers ou débiteurs même pour partie des créanciers ou débiteurs du groupe (17). Le patrimoine de l'*universitas personarum* n'est pas à l'époque classique une propriété commune bien que ce régime antérieurement suivi ait laissé quelques survivances (18).

La théorie de la personnalité morale s'est formée progressivement depuis la fin de la période républicaine. Dès cette époque, on considère le peuple comme une unité distincte de l'ensemble des citoyens (19). Ensuite, sur le modèle de l'Etat, furent érigées en personnes distinctes des membres les composant, les *civitates*, les *coloniæ* et d'une manière générale les *corpora* (associations diverses) (20).

Le patrimoine de l'*universitas personarum* n'est pas un patrimoine à but (*Zweckvermögen*) ; il a un maître, l'*universitas* elle-même, personne distincte des membres qui la composent.

Au moment où se dégage la théorie de la personnalité morale, la doctrine des philosophes grecs sur le *σώμα ex δεστώτων* est connue des jurisconsultes. Cette même doctrine qui permettait de considérer comme des objets uniques, soumis à un droit propre, certains ensembles de *res corporales*, permettait éga-

(16) Fr. 6, § 1, D. 1-8.

(17) Fr. 7, § 1, D. 3-4.

(18) Ainsi, la possibilité de faire stipuler un esclave public en faveur d'un citoyen impubère ; cf. encore fr. 1, § 2, D. 47-22.

(19) Fr. 76, D. 5-1.

(20) Selon Saleilles (*op. cit.*, p. 68 suiv.), c'est seulement après la loi *Julia de collegiis* que les associations eurent une personnalité civile.

lement de considérer l'*universitas personarum* comme un être distinct de ceux qui le composent et ayant une existence réelle. La théorie du σώμα ex διεστώτων, pouvait aussi bien s'appliquer aux sujets qu'aux objets de droits. Et précisément, le plus ancien texte juridique où le peuple romain est considéré comme une unité est un texte d'Alfenus Varus, directement inspiré des conceptions philosophiques grecques et où nous voyons appliquer d'une manière très large la théorie du σώμα ex διεστώτων. Ce texte est le fr. 76 D. 5-1 (21). Il débute par l'étude d'un cas concret. Parmi les juges qui avaient été donnés dans une instance, quelques-uns avaient été excusés et remplacés par d'autres, on se demandait si ce changement de juges était sans importance ou, au contraire, s'il en résultait un autre *judicium*. Alfenus répond que le changement de juges est sans effets et qu'il en serait ainsi même si tous les juges et non simplement quelques-uns avaient été changés (22). C'est là pour le jurisconsulte l'occasion de plus longs développements. « *Neque, dit-il, in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus : nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subjecti essent : et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis*

(21) Alfenus lib. 6 digestorum.

(22) « *Proponeretur ex his iudicibus, qui in eadem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset ? Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere.* »

fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo sæpe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quæ non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari. Quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex ejus ratione nos ipsi non iidem essemus qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hæ cottidie ex nostro corpore decederent aliæque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem existimari ». Alfenus nous dit ainsi qu'il arrive fréquemment qu'une chose demeure la même malgré un changement complet de tous ses éléments primitifs; la légion ne change pas même si de nombreux légionnaires sont remplacés par d'autres; le peuple après un délai de cent années demeure ce qu'il était avant; le navire qui a été si souvent réparé qu'il ne reste pas une seule des anciennes planches est cependant le même. Le jurisconsulte en arrive à comparer les êtres collectifs à l'homme. Les *minimæ particulæ* qui forment le corps humain changent constamment et cependant l'individu ne change pas.

Le texte d'Alfenus nous montre que la théorie du *σῶμα ex διαστώων*, était reçue avec toutes ses possibilités d'application en matière de droit par la jurisprudence romaine de la fin de la République. Les citoyens dont la réunion constitue le peuple sont comparés aux cellules du corps humain. Les citoyens et les cellules changent, le peuple et l'homme demeurent les mêmes.

Pomponius au fr. 30 pr. D. 41-3 ne réduit pas les *corpora ex distantibus* aux simples objets de droits; il nous donne comme exemples de *corpora ex distantibus* : le peuple, la légion, le troupeau. Le troisième *genus corporum*, dit-il, est celui « *quod ex distantibus constat, ut corpora plura [non] soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex* » (23).

Les groupements d'individus comme les ensembles de choses peuvent donc constituer des *corpora ex distantibus*, c'est-à-dire des êtres ayant une existence physique, une consistance matérielle, et distincts des éléments qui les composent (24). L'*universitas personarum* est un être physique; ne l'appelle-t-on pas couramment *corpus* ? On lui donne même le titre de *persona* (25).

La nature corporelle de l'association considérée comme une unité est encore attestée par la règle jurisprudentielle aux termes de laquelle toute association doit être composée d'au moins trois membres (26).

(23) V. également fr. 23, § 5, D. 6-1, Paulus, *lib. 21 ad edictum* : « ... *At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves...* ».

(24) Les jurisconsultes classiques n'ont pas cependant poussé cette idée dans ses conséquences extrêmes; ils considéraient l'association comme une *persona incerta* en matière d'institution testamentaire; v. Ulp., *Reg. 22, 5*.

(25) Cf. fr. 9, § 1, D. 4-5. Cicéron parlait déjà d'une *persona civitatis* (*De off. 1, 34, 124*), d'une *persona populi romani* (*pro domo 52, 133*).

(26) Fr. 85 D. 50-16 (Marcellus *lib. 1 Dig.*) : « *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est* ». On a soutenu que ces trois membres étaient exigés seulement pour la constitution de l'association, non pour son maintien. Et, c'est bien ce qui paraît résulter d'une comparaison entre le fr. 85 cité et le fr. 7, § 2, D. 3-4 (Ulpian, *lib. 10 ad Edict.*). Nous lisons dans ce texte : « *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem manent an pars maneat vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum* ».

Le *corpus ex distantibus*, à la différence de l'*universitas jurium*, qui est un *juris nomen*, ne peut pas exister sans un minimum d'éléments constitutifs; étant une chose corporelle, il lui faut une matière ⁽²⁷⁾. L'association n'est qu'un *corpus ex distantibus* à l'égal du *grex*; et, de même qu'une seule brebis ne constitue pas un troupeau, un seul individu ne constitue pas un *collegium*.

Le *corpus ex distantibus* participe nécessairement de la nature des éléments qui le composent. Si ces éléments sont objets de droits réels, le *corpus ex distantibus* qui résulte de leur union peut, lui aussi, être objet de ces droits. Mais, si le *corpus* est composé d'êtres humains, il participe de la nature humaine et peut être comme l'homme individuel sujet de droits.

Bien entendu, la personne collective ne pourra posséder que des droits patrimoniaux et, à la différence de l'homme, elle n'aura jamais qu'une capacité de jouissance, non une capacité de fait : « *universi consentire non possunt* » ⁽²⁸⁾.

III. — A la différence du patrimoine des collectivités, l'*hereditas jacens* n'a, en fait, pas de maître. Le patrimoine du défunt cependant garde son unité pendant la période plus ou moins longue qui peut s'écouler depuis le décès jusqu'à l'adition de l'*heres extraneus*.

recciderit et stet nomen universitatis ». Mais la phrase « *sed... fin.* » est interpolée : v. Albertario, *op. cit.*, p. 44, et les auteurs cités. Les mêmes raisons devaient, à l'époque classique, rendre nécessaire un minimum de membres pour la formation et la durée de l'association.

(27) V. § précédent, note 25.

(28) Fr. 1, § 22, D. 41-2 (Paulus *lib. 54 ad edictum*).

neus: l'*hereditas* demeure pendant ce temps comme un *juris nomen, quod et accessionem et decessionem in se recepit* (29). Il semble dès lors qu'elle ait dû constituer un patrimoine à but (*Zweckvermögen*) ou qu'elle ait dû être érigée en personne morale, c'est-à-dire qu'elle ait été considérée comme un sujet abstrait et fictif de droits. Les jurisconsultes en réalité ne firent pas appel à ces idées abstraites. Ils donnèrent un maître à l'hérédité jacente, et un maître concret bien que fictif, en supposant un événement arrivé ou non venu ; à savoir que l'héritier ait fait adition ou que le défunt ne soit pas encore décédé.

L'*hereditas jacens* a soulevé dans la doctrine romaine, dès l'époque de Labéon, un problème difficile. Elle était anciennement considérée comme une *res nullius* (30) et c'est encore la conception qui semble dominer dans l'œuvre de Labéon (31). Le préteur lui-même dut intervenir pour obvier aux conséquences les plus choquantes de cette assimilation entre les *res hereditariae* et les *res sine domino* (32). L'hérédité n'était pas alors considérée comme une *universitas* et les droits dont se trouvait investi le *de cujus* n'étaient pas

(29) V. § précédent, n° 3.

(30) Selon Huvelin, *Furtum*, t. 1, p. 319-329, les *res hereditariae* n'auraient pas été des *res nullius* à l'époque de Cicéron. Il n'y avait pas, selon le regretté professeur, solution de continuité dans la dévolution successorale en raison de la copropriété familiale et gentilice. Décision qui semble douteuse à M. Michon, *La succession ab intestat*, R. H. de droit, t. 45 (1921), p. 146, n. 1. Il y avait en tout cas certainement solution de continuité dans la propriété des *res hereditariae* lorsque l'héritier n'était ni *suus* ni *gentilis*.

(31) V. fr. 3 pr., § 1, D. 15-1 ; 64 (65) D. 28-5 ; 13, §5, D. 43-24.

(32) Le préteur intervint pour autoriser les tiers à intenter contre l'héritier les actions *funeraria* et *negotiorum gestorum contraria* (V. fr. 3 pr. D. 3-5 ; 12, § 2, D. 11-7. V. Lenel, *Edictum Perpertuum*, p. 101 suiv. et 229 suiv.).

censés avoir encore un sujet juridique. Non seulement les *res hereditariæ* devaient être des biens vacants et sans maître, mais encore les créances et dettes du défunt auraient dû en bonne logique s'éteindre pour toujours. Les Romains n'ont jamais admis cette dernière et rigoureuse conséquence qui eût rendu imparfaite la succession de l'*heres extraneus*. Celui-ci acquérait à l'adition tout le patrimoine du *de cujus* et il était investi de ses créances et dettes en vertu même de la loi. Mais aucune construction juridique ne venait justifier scientifiquement la conservation des obligations. En outre, l'absence d'un sujet dominant l'*hereditas jacens* ne permettait pas à celle-ci de s'accroître autrement que par accession. En cas de délit commis à l'encontre des *res hereditariæ*, aucune sanction n'était possible et les esclaves de l'hérédité n'ayant aucun maître dont ils puissent emprunter la personnalité ne pouvaient plus participer à des actes juridiques.

Les jurisconsultes s'efforcèrent, au moyen de fictions diverses, d'assurer à l'héritier le bénéfice de certaines actions pénales et des acquisitions faites par les *servi hereditarii*.

Au début de l'empire les notions de patrimoine et d'universalité commencent à se dégager. Dès ce moment, on s'efforce de donner un maître à l'hérédité jacente. Labéon lui-même avait cherché à écarter l'ancienne conception qui faisait des biens héréditaires des *res sine domino*.

Dans les nombreux textes relatifs à cette matière, l'hérédité jacente nous est présentée, tantôt comme

une personne, tantôt comme la chose de l'héritier futur, tantôt enfin comme dominée par la *persona* survivante du défunt. Cette dernière conception, dégagée par Julien, semble avoir eu les faveurs des jurisconsultes postérieurs. Mais on peut se demander toutefois, si les classiques sont véritablement arrivés à une théorie générale de l'*hereditas jacens*. Après Labéon, l'hérédité jacente est encore présentée comme une *res nullius* et les mêmes jurisconsultes font appel suivant les circonstances tantôt à une fiction tantôt à une autre. On a soutenu assez récemment qu'en principe, et pendant toute la durée de l'époque classique, l'*hereditas jacens* avait été considérée comme une *res nullius*. La fiction de la rétroactivité de l'adition, et celle de la survie de la personne du défunt n'auraient été que des moyens techniques, destinés à des buts déterminés, et sans portée générale. Les compilateurs, au contraire, auraient fait de l'*hereditas jacens* une personne morale (33).

En réalité, Justinien admettait, en principe, la fiction de la survie du défunt, à laquelle il donne une portée générale dans ses Institutes (34). Ce n'est que

(33) G. Scaduto, Contributo esegetico alla dottrina romana dell' eredita giacente, dans Annali del Seminario giuridico della R. U. di Palermo, t. 8 (1922), p. 3 suiv.

(34) In. 2, 17 pr. : « *Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.* »

In. 2, 14, 2 : *Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio : nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cum et ejus, qui in utero est, servus recte instituitur.* »

On a même soutenu que la conception de l'hérédité jacente comme un patrimoine trouvant sa force de cohésion dans la

dans un petit nombre de textes glosés que l'hérédité jacente apparaît comme une personne morale ⁽³⁵⁾. Si après Labéon les juristes nous présentent encore l'hé-

persona survivante du défunt était byzantine (V. Segrè, *Ricerche di diritto ereditario romano*, p. 105-106). Cette théorie d'ailleurs n'est pas admissible. Le bien fondé n'en résulte nullement comme le croit M. Segrè d'une comparaison entre, d'une part, le fr. 22 D. 46-1 (interpolé selon M. Segrè) et le pr. Inst. 2-17 et, d'autre part, le fr. 28, § 4, D. 45-3).

(35) On a voulu voir dans un grand nombre de textes, soit qu'on les considère comme fidèlement reproduits, soit qu'on les croit interpolés, des allusions à la personnalité morale de l'hérédité.

Le nombre de ces textes est, à notre sens, beaucoup plus faible.

Les jurisconsultes, qui admettaient la fiction de la survie du défunt, employaient parfois, *brevitatis causa*, le mot *hereditas* tout seul pour désigner l'hérédité en tant que représentative de la personne du défunt (V. de Jhering *Abhandlungen*, p. 193, n. 3; Boulard, *op. cit.*, p. 421, n. 2; cf. Fadda, *op. cit.*, t. 2, p. 27) : ainsi Papinien au fr. 80, D. 31 (Boulard, *op. cit.*); Modestin au fr. 35, D. 45-3 (Boulard, *op. cit.*, p. 422, n. 7); Hermogenien au fr. 61 pr. D. 41-1 (Boulard, *op. cit.*, p. 422, n. 8).

C'est à tort cependant que M. Fadda (*l. c.*) explique de cette manière tous les textes où l'on a voulu voir une allusion à la personnalité morale de l'hérédité. Il en est quelques-uns que l'on ne peut pas expliquer ainsi. Mais ce n'est que dans bien peu que l'on peut trouver une allusion à la personnalité morale de l'hérédité et, à vrai dire, seul le fr. 22 D. 46-1 est en ce sens très net.

M. Arno admet pour l'époque classique, à côté des deux fictions de la rétroactivité de l'addition et de la survie du défunt, cette troisième explication : *hereditas dominæ locum obtinet* (V. Carlo Arno, *La dottrina dell'hereditas jacens nella scuola serviana* — *Archivio Giuridico* 1924, fasc. I, p. 96-97). Par là, les jurisconsultes auraient exprimé l'idée que le patrimoine héréditaire, bien que privé de sujet, gardait son unité pendant la jacence en raison d'un but : sa conservation pour l'héritier futur. « E in questo senso, ajoute-t-il (p. 97), che tal patrimonio avente suo scopo, presenta una qualche lontana analogia con le persone giuridiche — personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas : Florentino, D. 46-1. 22 cit. ». Ce patrimoine étant susceptible d'augmenter ou de diminuer, mais étant temporairement privé de sujet, la capacité juridique dont on tenait compte devait être nécessairement celle du défunt (*Juliani sententia*). Enfin, le patrimoine héréditaire étant conservé pour l'héritier, c'est la personne de ce dernier que l'on prenait en considération chaque fois qu'il s'agissait de la continuation et de la conservation des rapports juridiques composant ce patrimoine.

Mais, les jurisconsultes classiques admettaient-ils vraiment l'existence d'un patrimoine sans sujet; concevaient-ils comme tel le patrimoine héréditaire, avant l'adition de *l'heres extraneus* ?

Nous verrons qu'il ne faut pas tirer argument en ce sens du fait que les jurisconsultes classiques nous présentent parfois les *res hereditariæ* comme des *res sine domino*. Quant aux textes où l'on pourrait voir une allusion à la personnalité morale de l'hé-

rédité comme une *res nullius*, ce n'est de leur part que la simple constatation d'un fait évident, abstraction

rédité, ils sont fort suspects; notamment, le fr. 22 D. 46-1 de Florentinus énonce manifestement une doctrine byzantine.

Examinons ces différents textes.

Labéon, qui concevait l'*hereditas jacens*, comme *sine domino*, semble en faire, dans deux textes, une personne (v. fr. 13, § 5 D. 43-24 « *hereditas dominæ locum locum obtinet* »; fr. 1, § 1, D. 44-7 « *hereditati furtum facit hoc est dominæ* »).

Ces textes sont suspects: v. en faveur de l'interpolation de la phrase: *hoc est... quoque contractaverit*, au fr. 1, § 1, D. 47-4: di Marzo, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente* dans *Studi Scialoja*, t. 2, p. 63; Scaduto, *op. cit.*, p. 20, cf. Kipp, *Krit. Viertelj.*, t. 14 (1891), p. 511 s. et Ferrini cité par M. di Marzo, *l. c.*; M. Bonfante, *op. cit.*, t. 6, p. 220 tient ce texte pour interpolé depuis: *dominus autem*. Sur le fr. 13, § 5, D. 43-24 v., Rabel et Krüger (Dig. 15^e éd.) qui suppriment la phrase: *accedit... obtinet*; M. Scaduto efface toute la fin du texte depuis *accedit* (cf. pour une interpolation moindre Longo Bull., t. 17, p. 155). M. di Marzo remplace au fr. 13, § 5, *dominæ* par *defuncti* (*op. cit.*, p. 64-65; en ce sens également Bonfante, *op. cit.*, t. 6, p. 220). Cette rectification n'est admissible que si dans cette partie du texte, Ulpien expose son opinion personnelle, non celle de Labéon (en ce sens di Marzo, *l. c.*; cf. Pernice Labeo, t. 1, p. 361).

Remarquons que, même si l'authenticité de ces deux textes était certaine, on ne pourrait pas en déduire d'une manière absolue que Labéon faisait de l'*hereditas jacens* une personne morale.

D'après la compilation l'hérédité est encore considérée comme une personne, et peut-être comme une personne morale par Celsus (fr. 13, § 2, D. 9-2) et par Pomponius (fr. 15, pr., D. 11-1). Florentinus (fr. 22, D. 46-1) semble en faire très nettement une personne morale, puisqu'il la compare aux *municipium*, *decuria* et *societas*. Mais ces textes sont glosés.

Ulpien nous rapporte en ces termes au fr. 13, § 2, D. 9-2, l'opinion de Celsus: « *Si servus occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit hujus servi. Et ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse: dominus ergo hereditas habebitur. Quare adita hereditate, heres poterit experiri* ». Si la phrase « *dominus ergo...* » était à conserver, il faudrait lire avec Mommsen *vero* au lieu de *ergo*. Mais ce texte est glosé. MM. di Marzo (*op. cit.* p. 30), Perozzi (*Ist.*, t. 2, p. 266), Scaduto (*op. cit.* p. 19 et 71) et Bonfante (*op. cit.*, t. 6, p. 220), effacent les mots « *dominus ergo hereditas habebitur* » (v. en sens contraire Biondi *Annali Palermo*, t. 10, p. 68). Selon M. di Marzo, l'action, étant accordée au *dominus* devait l'être à l'héritier devenu *dominus* par l'adition. M. Scaduto croit que l'action *Legis Aquiliæ* était refusée, mais accordée comme action *in factum, utilitatis causa*. A la vérité, l'action *Legis Aquiliæ* était bien donnée à l'héritier et, pour nous, la question porte uniquement sur le motif de la décision de Celsus. Pour que l'action *Legis Aquiliæ* puisse être intentée, il faut que l'esclave *occisus* ait eu un maître. Ce maître quel était-il? L'hérédité nous dit Celsus (*dominus ergo hereditas habebitur*). La réponse nous étonne de la part d'un jurisconsulte qui faisait de la rétroactivité de l'adition un principe général. Cette fiction de rétroactivité trouvait ici sa pleine application et le jurisconsulte ne devait guère songer à lui substituer, dans ce cas particulier cette autre fiction bien moins heureuse: *dominus hereditas habebitur*.

faite des fictions du droit ⁽³⁶⁾. Lorsqu'ils considèrent l'hérédité en tant qu'universalité et lorsqu'il s'agit des

Pour Celsus l'esclave avait un maître pendant la jacence. A cela ne s'oppose nullement la remarque d'Ulpien : *cum dominus nullus sit hujus servi*, car Ulpien indique simplement par là la situation de fait et les motifs de douter. Ce maître c'était pour Celsus l'héritier. Dans notre texte la citation de Celsus rapportée au style indirect s'arrête à *dominus*; la suite est une glose. Un byzantin lisant dans le texte d'Ulpien, d'une part, que l'esclave n'avait pas de maître effectivement, d'autre part, que l'action était accordée au *dominus* et sachant que les classiques donnaient dans le cas envisagé cette action à l'héritier, en a déduit : *dominus ergo hereditas habebitur quare adita hereditate heres poterit experiri*.

Pour ce qui est du texte de Pomponius (fr. 15, pr., D. 11-1), l'explication « *quia etc.* », semble mal justifier ce qui précède (V. Scaduto, *op. cit.* p. 42; M. Beseler ZS.S.f.R., t. 46, 1926, p. 122, croit ce texte interpolé depuis *domini*. — M. Bonfante, *op. cit.*, t. 6, p. 221, estime, au contraire, que ce texte peut être classique).

Le texte de Florentinus a été sûrement remanié. Fr. 22, D. 46-1 (Flor. lib. 8 Institutionum) : « *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personæ vice fungitur, sicuti mancipium et decuria et societas* ». L'hérédité jacente, patrimoine sans maître effectif, ne pouvait pas, à l'époque classique, être comparée aux personnes collectives qui sont des êtres réels doués de capacité juridique. Le texte de Florentinus dans sa forme actuelle suppose une conception de la personnalité morale qui n'était pas celle des jurisconsultes classiques. Comment ce texte est-il à rétablir ? Selon M. Scaduto (*op. cit.*, p. 40), le jurisconsulte disait : « *fidejussor accipi non potest* » : les compilateurs ont effacé le mot *non* et ajouté : *quia etc.* Mais il résulte d'autres textes qu'une fidejussion pouvait intervenir pendant la jacence et les rectifications de M. Scaduto sont inadmissibles. M. di Marzo (*op. cit.* p. 55) lit ainsi ce texte : « *...quia hereditas personæ defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur* » (V. également en ce sens Bonfante, *op. cit.*, t. 6, p. 219). A notre avis, Florentinus suivait bien la doctrine de Julien, mais il disait probablement : *personæ vice fungitur*, comme nous le lisons dans la compilation, par abréviation de *personæ defuncti*. Ici encore il n'y a pas eu interpolation mais addition d'une glose au texte original de Florentinus. Justinien suit la théorie de Julien : il n'est guère vraisemblable qu'il ait altéré les textes classiques pour y introduire l'idée de la personnalité morale de l'hérédité qui ne réapparaît pas aux Institutes. Avant la compilation les Byzantins avaient étudié d'une façon théorique la notion d'*universitas*. Beaucoup devaient être tentés de voir dans l'*hereditas jacens* une personne morale. Leur doctrine pouvait s'appuyer sur des paroles qu'ils comprenaient mal comme celles notamment de Florentinus au fr. 22 cité (*hereditas personæ vice fungitur*). Un glossateur croyant trouver dans le texte de Florentinus la preuve de la personnalité morale de l'hérédité a maladroitement complété le texte du jurisconsulte par les exemples : *sicut etc.* (au fr. 31, § 1, D. 28-5, de Gaius, les mots *dominam esse joints à defuncti locum* doivent également disparaître. V. en ce sens Mommsen, ad. h. l.; di Marzo, *op. cit.* p. 64-65; Scaduto, *op. cit.* p. 27; Bonfante, *op. cit.* t. 6, p. 219. Ces mots pouvaient constituer une glose marginale que les compilateurs ont conservée par étourderie).

(36) Gaius au Comm. 2, § 9 (fr. 1, D. 1-8), après nous avoir en-

droits de l'héritier futur, ils donnent un maître à l'*hereditas jacens* (37).

Pour Labéon, il en est différemment. Notre jurisconsulte se heurte à une conception bien établie. Il est

seigné que les *res divini juris* sont *nullius in bonis*, ajoute que parmi les *res humani juris* il peut en être ainsi de quelques-unes; il cite en exemple les *res hereditariæ* : « *nam res hereditariæ, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt* ». C'est là la simple constatation d'un fait, et le jurisconsulte, on le voit, fait abstraction du caractère d'universalité de l'hérédité. Si Ulpien nous dit au fr. 1, pr. D. 38-9 : « *Successorium edictum idcirco, propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent* », c'est une raison historique qu'il nous présente; d'autre part aucune fiction ne joue quand il n'y a pas d'héritier. Ailleur, Ulpien nous dit que les *res hereditariæ* sont *sine domino*; mais, ou bien il nous rapporte l'opinion de Labéon (fr. 13, § 5, D. 43-24), ou bien il fait abstraction des fictions du droit, précisément pour en démontrer l'utilité. Javolenus au fr. 65 (64) D. 28-5, nous rapporte les paroles de Labéon. Enfin, nous le verrons, Paul au fr. 6, D. 47-19, n'assimile pas comme le pense M. Scaduto les *res hereditariæ* aux *res sine domino*.

Pour les jurisconsultes qui ont suivi Labéon, l'hérédité jacente n'est bien, en fait, sous la puissance de personne; mais à côté du fait il y a le droit, et, quand il y a intérêt à maintenir l'unité du patrimoine, un maître est donné à l'*hereditas jacens*.

(37) Des objections très graves peuvent être faites à la thèse de M. Scaduto.

L'auteur reconnaît que l'*hereditas jacens* est une universalité juridique; si elle est en même temps *res nullius* elle constitue un patrimoine sans sujet même fictif (et c'est bien en ce sens que se prononce M. Scaduto p. 12 s.); la théorie romaine des obligations ne s'opposait-elle pas à une semblable conception?

M. Scaduto tire argument en faveur de sa thèse de l'*usucapio pro herede* et de la maxime : « *rei hereditariæ furtum non fit* ».

L'*usucapio pro herede*, dit l'auteur (*op. cit.*, pp. 7 et 8), se justifiait par la règle : *res nullius cedit occupanti* » et malgré les transformations qu'elle a subies, le principe qui fut à sa source demeure toujours : « *bona hereditaria, nullis in bonis sunt* ».

L'*usucapio pro herede* donnait dans l'ancien droit la qualité d'*heres* à l'usucapant : c'était une sorte de succession *ab intestat* utile surtout aux Plébéiens (v. l'article de M. Michon, La succession *ab intestat* — R. H. de droit, 1921). Par la suite elle ne permit que l'acquisition des *res corporales* et il semble bien que depuis ce moment elle puisse se ramener à l'occupation (cf. Gaius Comm. 3, § 201). Mais devons-nous en conclure que, sauf exception, les biens qui composent l'hérédité jacente sont vacants et sans maître? Ne pourrait-on pas dire également qu'ils ne doivent être considérés comme tels que dans des cas particuliers, notamment au regard de l'ancienne usucapion *pro herede* maintenue par routine au début de l'époque classique bien qu'elle ait perdu toute utilité. Mais, après Hadrien, l'argument que l'on veut déduire de cette usucapion est sans valeur. Un sénatus-consulte rendu *ex auctoritate Hadriani* décida que l'usucapion serait censée non avenue au regard de l'héritier, c'est-à-dire à l'égard du seul

le premier à vouloir la combattre et il le fait timidement à l'occasion de quelques cas particuliers. Bien souvent, il se sert de purs expédients pour justifier des règles qui s'accordent mal avec la conception de l'*hereditas res nullius*. Il présente des explications diverses ⁽³⁸⁾ et il entrevoit même la fiction de la rétroacti-

individu pour lequel il y avait lieu de conserver le patrimoine héréditaire (Gaius Com. 2, § 57 — V. sur ce sénatus-consulte Ch. Appleton, *Le vrai et le faux sénatus-consulte* Juventien, R. H. de droit, 1930, p. 1 suiv. et 621 suiv.). Vis-à-vis de l'héritier, les *res hereditariae* ne sont donc plus *nullius*, même sous l'angle tout spécial de l'usucapion *pro herede*.

Le principe *rei hereditariae furtum non fit* n'implique nullement que, à l'époque classique, la *res hereditaria* soit sans maître. À l'époque classique le vol porte sur la possession : *furtum fit possessionis*. Or, avant l'addition, les *res hereditariae* ne sont pas possédées, même si elles sont censées appartenir au défunt ou à l'héritier (V. en ce sens récemment Biondi, *op. cit.*, p. 68, n. 4 ; Bonfante Corso, t. 6, p. 215 ; Appleton, *op. cit.*, p. 625). Ce motif, invoqué au fr. 1, § 15, D. 47-4, l'est encore dans deux textes qui nous sont parvenus en dehors de la compilation justinienne (V. Gaius Comm. 3, § 201 : « *Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet* ». — Paul Sent, 2, 31, 11 : « *Rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest* »).

Le fr. 6, D. 47-19 de Paul semble, il est vrai, au premier abord, favorable à la thèse que nous combattons : « *Rei hereditariae furtum non fit sicut nec ejus, quae sine domino est...* ». Mais est-ce réellement l'absence de maître qui rend impossible, aux yeux du jurisconsulte, le *furtum rei hereditariae* ? Paul ne dit pas que le vol de la *res hereditaria* n'est pas possible parce que (*quia*) celle-ci est sans maître. Il compare simplement la *res hereditaria* à la *res sine domino (sicut)*. Ce ne serait pas une comparaison mais une assimilation qui s'imposerait si la *res hereditaria* était elle-même *sine domino*. Paul suit, en réalité, la doctrine de Julien, selon laquelle l'*hereditas jacens personam defuncti sustinet*. La *res hereditaria* n'est pas *sine domino* et pourtant le vol n'en est pas possible, comme si elle était un bien vacant et sans maître. Il en est ainsi parce que, au moins à l'égard des *res hereditariae*, *furtum fit possessionis*.

(38) Ainsi Labéon voulait donner contre l'esclave héréditaire substitué vulgaire l'action *de peculio* en raison de contrats passés pendant la jacence de l'hérédité. Mais il considère l'affranchi comme ayant été *in potestate nullius* au moment du contrat (fr. 3 pr., D. 15-1) et il se heurte aux paroles de l'édit (*quod cum eo qui in aliena potestate esset negotium gestum esse dicitur*). Il passe outre (fr. 3, § 1 h. t.). Comment justifiait-il sa décision ? Nous l'ignorons. Labéon paraît de même assez gêné pour expliquer l'exercice par l'héritier de l'interdit *quod vi aut clam* en raison d'un trouble survenu pendant la jacence. Il fait appel à un raisonnement par analogie : « *Nam, dit-il, et sepulchri nemo dominus*

vité de l'adition qui sera par la suite nettement dégagée par Cassius et Javolenus ⁽³⁹⁾. Pour ces deux derniers jurisconsultes, c'est l'héritier qui est censé avoir dominé l'*hereditas jacens* ⁽⁴⁰⁾. Cette fiction, entre autres conséquences, rendait valables les stipulations faites par les *servi hereditarii* pour l'héritier futur et c'est dans ce but qu'elle fut maintenue par les jurisconsultes postérieurs (Papinien et Paul exceptés) ⁽⁴¹⁾ à côté de la fiction de la survie de la personne du défunt érigée par Julien. La doctrine de Julien présentait de sérieux avantages ⁽⁴²⁾. Elle fut admise par tous les jurisconsultes postérieurs. Dans la doctrine qui prévalut et qui est encore suivie par Justinien, les deux fictions jouent simultanément : celle de la rétroactivité de l'adition dans le cas seulement de stipulation *pro herede futuro* ⁽⁴³⁾ ; celle de la survie du défunt dans tous les autres cas. L'hérédité jacente n'étant pas une masse de biens sans maître, mais un patrimoine,

fuit et tamen, si quid in eo faciat, experiri possum quod vi aut clam » (fr. 13, § 5, D. 43-24).

Labeon a sans doute compris que l'ancienne doctrine qui faisait des *res hereditariæ* des biens sans maître n'était pas satisfaisante. Mais celle-ci domine encore dans son œuvre parce qu'il n'a pas su la remplacer, l'écarter, en élaborant une théorie scientifique d'une portée générale.

(39) Fr. 9, D. 22-2 (en ce sens Boulard, *op. cit.*, p. 411 ; cf. toutefois, Pernice Labeo, t. 1, p. 371).

(40) Cassius fr. 28, § 4, D. 45-3 : « *Illud quæsitum est an, heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia quæ postea heres extirerit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse...* ».

Javolenus fr. 22, D. 41-3 (*lib. 7 epistolarum*) : « *Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personæ tamen vice funguntur* ». (Cf. de Jhering *Abhandlungen*, p. 167-185 ; Boulard, *op. cit.*, p. 411).

(41) V. *infra*, note 46.

(42) V. en ce qui concerne les avantages de la théorie de Julien : Boulard, *op. cit.*, p. 412 suiv. La fiction de la survie de la personne du défunt à la différence de celle de la rétroactivité de l'adition ne laissait planer aucune incertitude sur la capacité juridique du *dominus* de l'*hereditas jacens*.

dominé par une personne ⁽⁴⁴⁾, acquiert la plupart ⁽⁴⁵⁾ des droits qui auraient pu tomber dans le patrimoine du défunt : ainsi, non seulement les *res* jointes par accession aux *res hereditariæ*, mais encore les droits stipulés par les esclaves héréditaires ou à eux transmis et les legs à eux dévolus ⁽⁴⁶⁾, des créances en

(43) V. *infra*, note 46.

(44) On remarquera que ce n'est pas à un être purement imaginaire que les jurisconsultes rattachent l'*hereditas jacens* mais à un être physique existant ou ayant existé (l'héritier ou le défunt).

(45) La plupart, disons-nous, car il était des droits dont la jouissance ne pouvait appartenir qu'à un être physique, apte à les exercer sur le champ : ainsi les servitudes personnelles notamment l'usufruit : ces droits ne tombaient pas dans l'*hereditas jacens* (fr. 26, D. 45-3 : Vat. fr. 55). De même, l'esclave héréditaire, qui, durant la jacence, pouvait être institué héritier, ne pouvait pendant ce temps faire adition et ainsi accroître l'hérédité des biens compris dans la succession à laquelle il était appelé. Il devait, en effet, y être autorisé par un *jussus*, que, pendant la jacence, personne ne pouvait lui donner (v. fr. 61, pr., D. 41-1). C'est à tort que l'on verrait dans ces impossibilités la preuve que l'hérédité jacente était sans maître : elles s'expliquent autrement.

(46) La fiction de la rétroactivité de l'adition et celle de la survie du défunt en donnant à l'*hereditas jacens* un maître dont les *servi hereditarii* pouvaient emprunter la personnalité juridique rendait possible de la part de ceux-ci l'acceptation des legs à eux dévolus. La personne dont on appréciait la *testamenti factio* passive était, en vertu de la première fiction, l'héritier, en vertu de la deuxième, le *de cuius*. C'est cette dernière fiction, nous l'avons dit, qui fut adoptée après Julien et elle le fut sans exception en ce qui concerne les legs.

Toutefois, Gaius, au fr. 55, § 1, D. 31, semble suivre une doctrine bien différente. Il nous dit, si nous en croyons les compilateurs, que le *servus hereditarius* a toujours qualité pour recevoir les legs à lui adressés, car il n'a aucun maître dont on ait à apprécier la *testamenti factio* passive. Mais ce texte est interpolé ou glosé (en faveur de l'interpolation de ce texte v. Wlassak selon Mommsen et Krüger; Krüger ad h. l.; Scaduto, *op. cit.*, p. 29, n. 1; Bonfante, *op. cit.*, t. 6, p. 212 et 218).

Les stipulations du *servus hereditarius* furent, elles aussi, validées tout d'abord en vertu du principe de la rétroactivité de l'adition. Ce fut là la doctrine de Cassius (fr. 28, § 4, D. 45-3), de Javolenus (fr. 22, D. 41-3), de Celsus (fr. 193, D. 50-17) et même de Pomponius (fr. 24, D. 46-2 — c'est à tort que M. Scaduto, *op. cit.*, p. 45-46, croit interpolés les mots : *cuius personam interim hereditas sustinet*). Selon M. Scaduto, Pomponius admettait ici l'effet rétroactif de l'adition et les compilateurs ont altéré son texte pour y introduire l'idée que pendant la jacence l'hérédité soutient la personne de l'héritier. Nous ne saisissons pas la distinction faite par M. Scaduto entre la doctrine qu'il attribue à Pomponius et celle qu'il impute aux compilateurs. La fiction de rétroactivité de l'adition conduit naturellement à considérer l'hé-

ritier comme ayant été le maître de l'hérédité pendant la jaccence).

La fiction de rétroactivité de l'adition fut maintenue par certains jurisconsultes à côté de la fiction de la survie du défunt, en vue de valider les stipulations faites pour l'héritier futur : ainsi par Florentinus (fr. 54, D. 29-2) et par Modestin (fr. 35, D. 45-3). Papinien (fr. 18, § 2, D. 45-3) et Paul (fr. 27, § 10, D. 2-14 et 16 D. 45-3), au contraire, n'attribuaient en aucun cas un effet rétroactif à l'adition et déclaraient nulles les stipulations faites *heredi futuro*. (Paul ne s'occupe que de la stipulation faite *nominatim* pour l'héritier futur car c'est dans ce cas seulement qu'il y avait intérêt à stipuler *heredi futuro* : en agissant ainsi l'esclave pouvait assurer, en cas de pluralité d'héritiers, à un seul d'entre eux le bénéfice de la stipulation. L'interpolation du mot : *nominatim* » dans les deux textes de Paul, interpolation soutenue par M. Bonfante — *op. cit.*, t. 6, p. 210 — et déjà par Rotondi cité par M. Bonfante, ne nous paraît pas établie).

Selon M. Scaduto (*op. cit.*, p. 43 suiv.), seuls les jurisconsultes, qui donnaient un effet rétroactif à l'adition, auraient validé la stipulation impersonnelle du *servus hereditarius*. M. Scaduto invoque en ce sens le fr. 73, § 1, D. 45-1, de Paul où nous lisons : « *Si servus hereditarius stipulatus est, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi condicionem habeat...* ». M. Scaduto efface la phrase *nisi...* (*op. cit.*, p. 49). Paul, à son avis, devait déclarer la stipulation du *servus hereditarius* toujours nulle. Mais, en réalité, rien ne nous autorise à attribuer une semblable doctrine à Paul, ni à corriger ainsi le fr. 73, § 1 : pas les fr. 16, D. 45-3 et 27, § 10, D. 2-14, où il est question, non d'une stipulation impersonnelle, mais d'une stipulation *heredi futuro*; et pas davantage le fr. 26, D. 45-3 = Vat. Frag. 55 où il n'est question que de la stipulation d'un usufruit. Bien au contraire, il résulte du fr. 26, D. 45-3 = Vat. Frag. 55, que les stipulations du *servus hereditarius* étaient en principe, valables pour Paul. Le jurisconsulte nous dit que le *servus hereditarius* ne peut pas stipuler un usufruit parce que *usufructus sine persona esse non potest* : l'usufruit ne peut appartenir qu'à une personne physique. Paul n'aurait pas eu à nous donner ce motif si pour lui toutes les stipulations du *servus hereditarius* étaient nulles.

La règle énoncée par Paul au fr. 73, § 1, D. 45-1, se comprend aisément. Les stipulations du *servus hereditarius*, validées en vertu de la fiction de la survie de la personne sont nulles, lorsque l'hérédité est en deshérence, car aucune fiction ne peut alors jouer.

C'est à tort également et pour les mêmes raisons que M. Scaduto, *op. cit.*, p. 50, efface au fr. 11, § 2, D. 46-4, de Paul, la phrase : « *Verius... liberetur* ». On pourrait peut-être invoquer contre la thèse de M. Scaduto le fr. 27, § 10, D. 2-14, de Paul, mais v., contre l'authenticité de la phrase : *sed etc.* : Rotondi; Krüger et Scaduto, *op. cit.*, p. 47. M. Beseler, Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 434, efface la fin du texte depuis « *quia* ». Si Papinien au fr. 18, § 2, D. 45-3, déclare nulle la stipulation faite *defuncto vel heredi futuro*, il déclare, par contre, pleinement valable la stipulation faite *simpliciter* par le *servus hereditarius*. (Papinien estimait, sans doute, que le mot *defuncto* empêchait le jeu de la fiction de la survie).

Modestin, fr. 35, D. 45-3, permettait de stipuler *hereditati et heredi futuro* — C'est à tort que M. Scaduto (p. 48) efface : *et hereditati recte, hereditati* désignant l'hérédité, non comme personne morale, mais comme représentative du défunt.

Enfin, Ulpien, au fr. 33, § 2 D. 41-1, énonce cette règle d'une portée générale qu'il emprunte à Julien : « *Quotiens servus heredita-*

rius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet : cujus et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis ». Ce texte est loin d'être à l'abri de toute critique, nous ne croyons pas cependant qu'il soit à rejeter complètement comme le soutient M. Scaduto (p. 50 s.). Il faut à notre avis supprimer la phrase « *cujus etc...* » suspecte par les participes : *testantis, opinantis*, et les mots *per traditionem* (cf. sur ce dernier point Mommsen et Krüger ad h. l.). Mais il ne faut pas aller plus loin. Peu importe que les paragraphes précédents soient ou non interpolés, car il y est question d'une hypothèse spéciale qui n'a rien à voir avec le principe général énoncé au § 2. Il n'y a pas, en outre, comme le soutient M. Scaduto, contradiction entre le fr. 33, § 2 D. 41-1 et le fr. 86, § 2 D. 30. En effet, au fr. 86, § 2, il est question de droits acquis par un esclave légué après adition de l'hérédité et avant l'acceptation du legs. Le principe de la survie du défunt n'avait rien à faire ici et Julien pouvait, comme il le fait, dire que le *servus* légué était censé avoir géré ou la chose du légataire ou celle de l'héritier suivant que le legs est accepté ou refusé.

L'*hereditas jacens* pouvait-elle acquérir la possession et usucaper ? L'héritier avant l'adition ne possède pas encore les *res hereditariae*, le défunt même censé encore vivant ne les possède plus, et c'est là, nous le savons, ce qui justifiait à l'époque classique la règle : *rei hereditariae furtum non fit*. Il semble alors que l'usucaption commencée par le défunt ait dû être suspendue ou interrompue et que l'*hereditas jacens* n'ait pas pu acquérir la possession de nouvelles *res*. Il en était ainsi en principe, mais le principe comportait d'importantes exceptions. Ce qui rendait la possession, l'usucaption en faveur de l'hérédité jacente, l'acquisition de possessions nouvelles non possibles, c'était l'absence à la tête de l'hérédité d'un individu capable de détenir en fait *animo possidendi* et d'avoir une volonté suffisante pour usucaper. Mais la possession pouvait être acquise et conservée *corpore alieno* et, en outre, les *patresfamilias* pouvaient acquérir même à leur insu, même s'ils étaient dépourvus de volonté, la possession et la propriété par usucaption des *res* détenues et appréhendées par leurs *subjecti nomine peculii*. L'hérédité jacente, comme l'*infans* et le *furiosus*, pouvait donc acquérir la possession et usucaper par l'intermédiaire de ses esclaves, agissant au titre du pécule. M. Scaduto, *op. cit.* p. 58, soutient que l'hérédité jacente ne pouvait usucaper que les *res* appréhendées *nomine peculii* par les esclaves du défunt avant le décès de celui-ci. Mais il fonde sa théorie sur le fr. 45, § 1 D. 41-3; or il est de toute évidence que le sens de ce texte a été déformé par l'omission au Digeste du mot *ni* ou *nisi* devant *peculii nomine*. V. *infra*, p. 569, n. 72.

En dehors de ces hypothèses l'hérédité jacente pouvait encore retenir la possession de certaines *res* possédées par le défunt : celles que des esclaves ou des tiers détenaient pour le compte du défunt et relativement auxquelles celui-ci avait eu un *animus* possesseur. En effet, l'*animus* existant au début de la possession demeurerait tant que la *res* étant détenue par le possesseur ou pour son compte, celui-ci n'avait pas un *animus* contraire. L'*animus* demeurerait malgré la démence ou le décès du possesseur.

Dans tous ces cas la maxime *rei hereditariae furtum non fit* ne jouait pas. V. fgts 69 (68); 70 (69); 71 (70) D. 47-2.

Enfin, il semble résulter de plusieurs textes, bien que la chose soit plus difficilement explicable, que l'usucaption commencée par

raison de délits commis à l'encontre des *res hereditariæ* ⁽⁴⁷⁾ : le droit d'intenter les actions *Legis Aquiliæ* ⁽⁴⁸⁾ et *injuriarum* ⁽⁴⁹⁾, l'interdit *quod vi aut clam* ⁽⁵⁰⁾.

le défunt n'était pas interrompue par son décès (dans les cas où la possession elle-même subsistait) et qu'elle pouvait même arriver à terme avant l'adition. V. en ce sens : Girard, Manuel, p. 325. V. fr. 20; 40 D. 41-3 (à tort considéré comme interpolé par M. Scaduto, *op. cit.*, p. 61); 44, § 3 eod. (où l'on doit lire au lieu de *comparat* : *peculii nomine emerat*, v. Beseler Beiträge, t. 4, p. 67). Cf. encore fr. 12, § 2 D. 49-15; 15 D. 41-3 (textes interpolés ou glosés).

L'action *depositi* née du dépôt effectué par un *servus hereditarius* était acquise à l'hérédité, v. fr. 1, § 29, D. 16-3.

(47) Même celles donnant lieu aux actions pour vol dans la mesure où le vol de *res hereditariae* était possible (v. fgts : 69 (68); 70 (69); 71 (70) D. 47-2).

(48) V. fr. 13, § 2 et 43 D. 9-2. Sur le premier de ces textes v. *supra*, note 35. Au fr. 43 (Pomponius *lib 19 ad Sabinum*) nous lisons : « *Ob id, quod ante quam hereditatem adires damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, [quod] <quamvis (Mom.)> post mortem ejus, cui heres sis, acciderit : dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur : nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum ea actio poterit : neque ob id, quod tum commissum fuerit, cum in hostium potestate esses, agere postulim inio reversus poteris : et hoc aliter constitui sine magna captione postumorum liberorum, qui parentibus heredes erunt, non poterit...* » : M. Scaduto, *op. cit.* p. 18 s., pense que le jurisconsulte refusait à l'héritier l'action *legis Aquiliae*; il invoque en ce sens l'analogie de l'action *furti*. Mais l'action *furti*, d'ailleurs parfois donnée à l'héritier, lui est refusée lorsque le vol porte sur des *res* non possédées par l'hérédité, en raison de la règle : *furtum fit possessionis*; l'action *legis Aquiliae* est accordée au *dominus*. Les corrections que M. Scaduto fait à ce texte nous semblent inadmissibles (Pomponius nous aurait dit : « *Ob id quod antequam hereditatem adires damnum admissum in res hereditarias est, l. Aqu. actionem non habes, quod post mortem ejus cui heres sis acciderit : dominum enim lex Aquilia appellat utique eum qui tunc fuerit cum damnum daretur* »). Toutefois, le texte transmis par la compilation nous semble suspect. Pomponius affirmait bien le principe *l. A. actionem habes*; mais, ou bien il ne le motivait pas ici, ou bien il en donnait une raison autre que celle indiquée dans la compilation. Pomponius nous dirait que la loi *Aquila* n'appelle pas toujours *dominus* celui existant au moment où le délit est commis; il citerait en exemple des cas où le *dominus* a changé par succession. Pomponius ne pouvait raisonner ainsi que s'il admettait la fiction de la survie du défunt. En effet, en vertu de cette fiction, le *dominus* existant au moment du délit est le défunt; or, le droit d'intenter l'action *legis Aquiliae* se transmet par succession. Mais Pomponius ne pouvait connaître, lorsqu'il rédigea ses *libri ad Sabinum*, la doctrine de Julien. Le raisonnement d'ailleurs est puéril : ce qui

Les obligations du défunt, censé encore vivant, gardent toute leur force pendant la jacence et elles peuvent faire l'objet d'une fidéjussion ou d'un *constitutum debiti* ⁽⁵¹⁾.

Bien mieux, des charges nouvelles peuvent encore

aurait pu être douteux dans l'hypothèse envisagée c'est uniquement l'existence d'un *dominus au moment* du délit; or, celle-ci est ici sous-entendue. Mais il n'était guère contestable que la créance pour *damnum injuria datum* acquise au défunt (celui-ci vivant ou ce qui revient au même censé encore vivant) soit transmise à son héritier.

Pomponius accordait sans doute cette action à l'héritier en vertu du principe de la rétroactivité de l'adition; l'explication : *dominum enim etc.* est une glose.

Le texte continue : « *Eadem dicimus et de arboribus eodem tempore furtim caesis* »; ces mots ont été probablement, eux aussi, ajoutés. Mais, du moment que l'action *legis Aquiliae* était accordée à l'héritier, il n'y avait pas de raisons pour lui refuser l'exercice de l'interdit *de arboribus f. c.*

(49) Ulpien accorde cette action à l'héritier en vertu de la fiction de la survie de la personne du défunt au fr. 1, § 6 D. 47-10 (et elle l'était déjà par Labéon, § 7 eod. l. Au § 6, l'hérédité est prise comme représentative de la personne du défunt). On peut, il est vrai, relever dans ce texte certaines incorrections : l'absence du mot *actionem* dans la phrase : *et sic heredi per hereditatem adquiri*, le pluriel *actiones* (Cf. Scaduto, *op. cit.*, p. 24). Mais on peut ne voir là que de simples fautes de copie.

(50) Fr. 13, § 5 D. 43-24 v. *supra* note 35; fr. 43 D. 9-2 (Pomponius ici sous-entend le principe de la rétroactivité de l'adition : « *ab eis ad quos ea hereditas pertineret, si rescissent prohibitum iri* » le mot *hac actione* dans ce texte est impropre v. Scaduto, *op. cit.*, p. 22).

(51) Pour la fidéjussion v. fr. 22 D. 46-1 et sur ce texte v. *supra* note 35 et 11 D. eod. L'admissibilité d'une fidéjussion pour une dette de l'hérédité jacente résulte nettement par un raisonnement *a contrario* du fr. 11 D. 46-1 : « *Qui contra Senatusconsultum filio familias crediderit, mortuo eo fidejussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent* ». Le *paterfamilias* n'est pas tenu, même par l'action de *peculio*, en raison d'un prêt consenti en fraude du Senatusconsulte Macédonien. Il n'est pas non plus obligé naturellement. Le *filius* au contraire est un *naturalis debitor* et de son vivant une fidéjussion pourrait intervenir; mais à son décès il n'y a aucune succession qui laisse survivre cette *obligatio naturalis*. (M. Scaduto, *op. cit.* p. 36-37 qui supprime la phrase « *nec...* » n'a pas compris ainsi le raisonnement du jurisconsulte. Les fr. 47 D. 46-1 et 5 D. 36-3 qu'il invoque sont relatifs à des cas, non de décès, mais de déportation, où ne joue aucune fiction. Cf. sur le fr. 11 D. 46-1 *Siber naturalis obligatio* p. 11 suiv. qui n'en soutient pas l'interpolation).

Pour le *constitutum debiti* v. fr. 11 D. 13-5.

venir grever l'hérédité jacente. Les esclaves sont censés être toujours *in potestate*, d'où la possibilité d'intenter contre l'héritier des actions adjectices, en raison de contrats conclus pendant la jacence ⁽⁵²⁾. Enfin, la fiction de la survie du défunt justifie l'exercice contre l'héritier des actions *funeraria* et *negotiorum gestorum contraria* dont le préteur avait dû spécialement autoriser l'exercice, à une époque où l'*hereditas jacens* n'était pas encore censée avoir un maître ⁽⁵³⁾.

La théorie de l'*hereditas jacens* nous montre que le patrimoine, en tant qu'universalité de droits, trouve sa force de cohésion dans la puissance juridique de son titulaire. Pour assurer la conservation du patrimoine héréditaire pendant la jacence, on est obligé de supposer que l'héritier a déjà fait adition ou que le défunt est encore vivant. Le patrimoine héréditaire garde son unité parce qu'il n'y a pas juridiquement d'intervalle entre la domination du défunt et celle de l'héritier.

La conception romaine classique du patrimoine

(52) Cf. fr. 3 pr., § 1 D. 15-1.

(53) V. pour l'action *funeraria* fr. 1 D. 11-7 (Ulprien, *lib. 10 ad edictum*) : « *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede* ». (Ulprien fait ici allusion à la survie du défunt qui explique dorénavant d'une manière scientifique l'action donnée par le préteur. V. en ce sens : Boulard, *op. cit.*, p. 415; contre cette interprétation : Scaduto, *op. cit.* p. 15-16).

En ce qui concerne l'action *negotiorum gestorum contraria*, v. fr. 31, § 1, D. 3-5 (Paulus *lib. 9 ad ed.*) : « *Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat : ideoque nihil refert an etiam pupillus heres existat : quia id aes alienum cum ceteris hereditariis ad eum transit* ». (*Hereditas* désigne ici encore l'hérédité comme représentative de la personne du défunt. Le mot *quodammodo* fait allusion à la fiction de la survie du défunt).

nous est encore très nettement révélée par la nature de la succession pour cause de mort.

IV. — Avant l'époque classique, le patrimoine, l'hérité n'étaient pas encore considérés comme des universalités juridiques. On connaissait seulement la notion de *bona* et on admettait des transactions portant sur tout ou partie des *bona* d'une personne. L'obligation indéfinie de l'héritier aux dettes du défunt n'était pas juridiquement expliquée.

Pour Cicéron c'est l'autorité seule de la loi (*jus*) qui justifie et explique la succession. « *Hereditas*, dit-il ⁽⁵⁴⁾, *est pecunia quæ morte alicujus ad quempiam pervenit* JURE ».

A l'époque classique, au contraire, le patrimoine est considéré comme une universalité juridique, un tout distinct de ses parties et, à la différence des *bona*, comprenant les dettes. Cependant, on n'admettait pas la transmission par un acte à titre particulier de cette *res incorporalis* de ce *nomen juris* que constituait dès lors le patrimoine en tant qu'universalité de droits. On peut disposer par un acte à titre particulier de ses *bona*, non de son patrimoine. Il en est ainsi en raison du lien étroit qui existe entre le patrimoine et son titulaire. Le patrimoine, en tant qu'universalité juridique, ne se transmet qu'à l'héritier.

L'héritier, disent les jurisconsultes classiques, succède *in jus, in locum et in jus defuncti* ⁽⁵⁵⁾. Que faut-il entendre par là ?

(54) Top., 6, 29.

(55) V. pour l'expression *succedere in jus* : fr. 13 pr. D. 8-4; 3 pr. D. 37-1; 4, § 15 D. 41-3; 177 D. 50-17, auxquels il faut joindre

M. Bonfante s'est attaché à montrer que *succedere* signifiait, non pas acquérir, mais occuper la place de quelqu'un. *Succedere* a le même sens que le verbe italien « *subentrare* ». Dire que l'héritier succède *in locum et in jus defuncti*, c'est dire qu'il occupe la position juridique du défunt. Nous croyons que les jurisconsultes veulent nous dire que l'héritier occupe la place du défunt, le remplace dans sa puissance et se trouve ainsi investi de celle-ci. C'est l'idée qu'exprime nettement Ulpien dans cette brève formule : « *Here-dem ejusdem potestatis, jurisque esse, cujus fuit defunctus constat* » ⁽⁵⁶⁾.

L'héritier succède au *jus* et à la *potestas* du défunt et c'est à cause de cela qu'il acquiert le patrimoine héréditaire en tant qu'universalité de droits. Autrement dit, le patrimoine, émanation de la puissance juridique d'une personne, ne peut se transmettre qu'à un individu succédant au titulaire du patrimoine dans sa puissance. C'est là, si l'on veut, la première expression du principe de la continuation de la personnalité du défunt par l'héritier, présenté comme la constatation d'un fait. Bien plus tard, Justinien, à la Nouvelle 48, nous présentera cette idée sous sa forme moderne de fiction explicative, par ces mots : « *Cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem* ».

les fr. 62 D. 50-17 et 24 D. 50-16 (v. paragraphe précédent note 59) ; pour l'expression *succedere in locum et in jus*, fr. 9, § 1 D. 2-13. V. également l'expression *juris successores* aux fr. 9, § 1 D. 2-13 et 9, § 12 D. 28-5 ; à rapprocher fr. 59 D. 50-17. — Ces textes sont cités par M. Bonfante, corso t. 6, p. 45, n. 3.

(56) Fr. 59 D. 50-17.

Les auteurs parlent souvent d'une continuation, d'une représentation de la personne du défunt par l'héritier; on a même voulu voir là l'effet d'une fiction. M. Bonfante s'est vivement élevé contre ces théories. Mais si on ne peut pas, à proprement parler, dire que l'héritier est le représentant du défunt, on peut dire qu'il en est le continuateur en ce sens qu'il lui succède dans sa puissance juridique, qu'il est investi de son *jus* et de sa *potestas* (*ejusdem potestatis jurisque esse cujus fuit defunctus*). Il n'y a là d'ailleurs aucune fiction.

En définissant comme ils le font la succession pour cause de mort, les jurisconsultes se sont laissés guider par la conception qu'ils se faisaient du patrimoine. Les solutions antérieurement consacrées vinrent, à l'époque classique, se grouper dans une doctrine cohérente et logique.

On a présenté cependant la conception classique de la succession comme trouvant ses attaches dans le très ancien droit romain ⁽⁵⁷⁾. Mais, lorsque les juris-

(57) Selon M. Bonfante, nous l'avons dit, la conception de la succession comme une succession *in locum et in jus defuncti* s'explique par les origines du droit successoral romain. Le groupe familial, ayant un caractère essentiellement, exclusivement politique, la succession primitive aurait eu pour effet de mettre à la place du *paterfamilias* défunt un autre souverain qui en aurait exactement occupé la position juridique. A l'époque classique, demeure la même identité entre la situation du défunt et celle de l'héritier, mais la succession est limitée aux rapports patrimoniaux.

M. Westrup (La succession primitive devant l'histoire comparative) présente également la succession primitive comme une succession universelle. Elle aurait été dominée par l'idée religieuse de la perpétuation de l'individu dans sa race. Ce serait une succession immédiatement opérante et reposant sur l'idée que dans le fils survit toute la personnalité juridique du père. (Cf. Fustel de Coulange, La cité antique, p. 76 suiv. Cf. également Mitteis,

consultes classiques nous disent que l'héritier succède *in jus defuncti*, qu'il est *ejusdem potestatis jurisque cujus fuit defunctus*, on ne peut voir dans ces expressions de simples « réminiscences d'un état de chose antérieur » (58). Elles doivent correspondre à une théorie scientifique et nettement conçue, à l'époque classique, de la succession pour cause de mort. A notre avis d'ailleurs, la succession primitive n'était pas une véritable succession, mais une simple conséquence de la co-propriété familiale : le droit successoral romain s'est formé peu à peu par l'extension du cercle des héritiers *ab intestats* et les transformations progressives des modes de tester (59).

R. R., p. 93 suiv.). « Des réminiscences de cet état de choses, dit M. Westrup (*op. cit.* p. 34), se retrouvent encore dans les définitions que les juristes classiques donnent de l'*hereditas* : c'est ainsi que Paul la définit comme une *successio in locum et in jus (defuncti)* et que, suivant Ulpien, l'*heres* succède aux *potestas et jus* du défunt ».

(58) Westrup, l. c...

(59) L'existence d'une ancienne copropriété familiale nous paraît certaine. La conjecture de M. Bonfante sur l'antériorité de la succession testamentaire vis-à-vis de la succession *ab intestat* n'est pas admissible. Jusqu'à l'époque des Douze Tables, les héritiers *ab intestats* étaient en réalité des copropriétaires.

Les Douze Tables connaissent trois catégories d'héritiers *ab intestats*. Table 5, 4 et 5 : « *Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit gentiles familiam habento* ». Le *suius heres* n'est certainement pas un héritier proprement dit, mais un copropriétaire. Quant aux *gentiles*, ce n'est sans doute pas la loi des Douze Tables qui, la première, a reconnu leur vocation successorale; mais, eux aussi ne sont pas de véritables héritiers. On ne peut considérer comme tel que l'*agnatus proximus*; or, celui-ci, M. Michon l'a démontré, est « un nouveau venu », et il tient sa vocation du code decemviral. V. l'art. de M. Michon, La succession *ab intestat* dans Rev. Hist. de droit, t. 45 (1921), p. 119 suiv. M. Michon s'exprime ainsi, p. 120-121 : « ... Les *sui heredes* et les *gentiles* ont été, dans les temps primitifs surtout, moins des successeurs réalisant une acquisition nouvelle, que des communistes virtuels, rentrant dans leurs droits effectifs par une sorte d'accroissement. Pour les *sui heredes*, la preuve résulte des textes et a été souvent développée; ces héritiers, déjà virtuellement copropriétaires de la *familia* du vivant même de leur *pater* succèdent en quelque sorte à eux-mêmes; pour eux, il y a moins une *successio* qu'une *continuatio do-*

V. — Le patrimoine, universalité de droits, trouve sa source dans la puissance juridique de son titulaire. Que telle fut la conception classique romaine, c'est ce

minii. Pour la *gens* il n'y a pas non plus véritable succession, mais pour une raison historiquement plus éloignée, celle d'un droit éminent, dont il nous est parvenu encore quelques vestiges ». « A défaut de *sui*, dit encore M. Michon (*op. cit.* p. 128), la succession allait à la *gens*; les biens du défunt étaient repris par les *gentiles* appelés en bloc sans discréditation de degré; c'est une sorte de déshérence au profit du clan ».

Les plébéiens n'appartenant pas à une *gens* et ne pouvant pas en principe, tester, mouraient sans héritiers lorsqu'ils n'avaient pas de *sui*. C'est donc dans l'intérêt des plébéiens que la vocation héréditaire de l'*adgnatus proximus* fut établie. V. Michon même art. p. 148 : « Si l'on se place maintenant à l'époque où les Douze Tables intercalaient l'*adgnatus proximus* entre les *sui heredes* et les *gentiles* on comprend que cette loi soit, à cet égard comme à bien d'autres, une charte consentie aux plébéiens par les patriciens. Elle donne aux plébéiens qui ne laissent pas d'héritiers siens, un héritier qui leur manquaient... »

La preuve que M. Michon déduit en faveur de sa théorie de l'*in jure cessio hereditatis* a été contestée par M. Marcel Garraud. (L'*in jure cessio hereditatis*, dans *Nouv. Rev. Hist. de droit* 1922, p. 141 suiv.) mais il ne semble pas contestable que la vocation de l'*adgnatus proximus* soit une création des Douze Tables.

Le testament primitif en raison de son caractère législatif n'impliquait pas une propriété individualisée.

Nous sommes peu renseignés sur la nature du testament primitif. L'histoire du droit comparé a pu faire douter que ce soit un testament véritable (V. Lambert, La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative). Et, on peut se demander si le testament romain primitif n'était pas une adoption ou une adrogation comme l'*εἰσπομπή* (v. notamment Schuling, *das grieschische Testament verglichen mit dem römischen* Bâle 1882) ou, plus vraisemblablement, une *adoptio in hereditatem*, comme le *thinx* des Lombards ou l'affatome des Francs (v. en ce sens le savant ouvrage déjà cité de M. Lambert. V. également Arangio-Ruiz, *Le genti e la Citta*, p. 61; Appleton, *Le testament romain*. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables, p. 60 suiv.).

D'autres auteurs, au contraire, considèrent le testament primitif comme un testament véritable : v., outre Bonfante, Levy-Bruhl, La fonction du très ancien testament romain *N. R. H.*, t. 45, 1921, p. 643 suiv.; Girard, *Manuel*, p. 846 suiv.

M. Levy-Bruhl, il est vrai, admet que la liberté de tester était fort limitée à cette époque reculée. On ne pouvait pas, à son avis, instituer des tiers par testament, le testament ne pouvait être au bénéfice que de *sui* spécialement choisis par le *paterfamilias* (cf. Bonfante, *L'origine del hereditas e dei legati*, *Scritti Giuridici*, t. 1, p. 108). M. Levy-Bruhl en déduit des conclusions diamétralement opposées à celles dégagées par M. Lambert. Le testament n'est pas pour lui un acte exceptionnel, auquel on recourt en l'absence de descendants, mais un acte d'un usage relativement fréquent et destiné à assurer toute la succession à un des *sui*. Cela d'ailleurs n'est pas incompatible avec l'existence d'une ancienne

que nous nous sommes efforcé de démontrer. Cette conception devait logiquement produire deux conséquences qu'il importe d'énoncer maintenant.

copropriété familiale, qui nous semble incontestable. V. Levy Bruhl, *op. cit.*, p. 640-641).

On a soutenu encore que le testament primitif ne pouvait contenir que des dispositions à titre particulier. (V. sur la question Girard, *op. cit.*, p. 846, n. 3 qui rejette cette théorie).

Nous ne pouvons pas discuter ici ces doctrines diverses. Il nous semble cependant que le cérémonial compliqué du testament comitial ne permette pas de considérer celui-ci comme un acte d'un usage courant. Mais il importe surtout de signaler le caractère législatif du premier testament employé par les Romains. Il est soumis au contrôle des Pontifes et nécessite un vote des comices. C'est pourquoi, même si on ne veut pas voir dans le testament primitif romain une sorte d'adoption, même si on le considère comme un acte relativement fréquent, il se concilie parfaitement avec l'existence d'une copropriété familiale, car c'est la loi elle-même, plus que le testateur, qui modifie le droit préexistant des *sui*.

Le titre universel de la vocation successorale a-t-il toujours existé ? V. sur la question principalement les articles de M. Cuq, Recherches historiques sur le testament *per aes et libram* dans N. R. H. de droit, t. 10 (1885), p. 533 suiv., d'Esmein Courtes études, même revue, t. II (1887), p. 48 suiv. et de M. Michon (article déjà cité). V. également l'ouvrage de M. Korosec, die Erbenhaftung nach römischem Recht, dont nous ne connaissons les conclusions que par le très intéressant compte rendu de M. Monier (R. H. de droit, 1929, p. 345 suiv.). Selon Esmein et M. Cuq, les créances auraient été intransmissibles. Quant aux dettes, M. Cuq pense que les *heredes sui*, même à l'époque ancienne, en étaient grevés, parce que la dette primitivement frappait toute la famille du débiteur. Esmein, au contraire, soutient que primitivement même les *sui* n'en étaient pas tenus. Cf. Girard, Manuel, p. 938, in fine et 939. M. Michon (*op. cit.* p. 147) dont nous adoptons la façon de voir, pense que les héritiers siens et les *gentiles* furent toujours tenus des dettes *ultra vires*, tandis que cette obligation fut imposée aux héritiers externes par les Douze Tables. « Pendant longtemps, dit-il, cette obligation est restée en dehors du concept de la *successio in universum jus*; elle était indépendante de la règle *bona non sunt, nisi deducto sere alieno*, qui ne s'est dégagée que tardivement avec des controverses et des lacunes. Cette obligation est rattachée formellement à une règle impérative de la loi des Douze Tables. La nécessité de cette règle s'explique facilement avec notre hypothèse. L'obligation illimitée aux dettes était naturelle pour les *sui heredes*, déjà copropriétaires de la *familia* pendant la vie du *pater*, et qui avaient collaboré à son administration. Elle s'expliquait aussi pour les *gentiles* par la solidarité qui les unit et qui se continue après la mort de l'un d'eux. Mais quand les Douze Tables ont introduit un héritier nouveau, l'*adgnatus proximus*, pour lequel ces raisons de solidarité n'existaient pas, il a fallu préciser sa situation et les Douze Tables n'avaient pas d'autres modèles que celui des *sui heredes* et des *gentiles*. En donnant à l'*adgnatus proximus* le même titre qu'à ces derniers,

Le patrimoine est une universalité juridique, il est indépendant de son contenu au point de pouvoir exister en l'absence de tout élément constitutif. Une personne peut donc avoir un patrimoine même si elle ne possède aucun bien. D'autre part, le patrimoine est une émanation de la puissance juridique d'une personne ; il doit nécessairement exister en tant que *nomen juris* avec cette puissance. Autrement dit, tout *paterfamilias* doit avoir un patrimoine.

La seconde conséquence est la suivante : la capacité juridique du *sui juris* n'étant pas divisible, celui-ci ne peut avoir qu'un seul patrimoine.

Comme nous le verrons c'est surtout dans la matière du pécule que l'occasion s'offre aux Prudents de préciser ces deux caractères du patrimoine : sa nécessité, son « unicité ».

le titre d'*heres*, elles lui ont étendu aussi l'obligation indéfinie aux dettes, bien qu'elle ait pu sembler depuis lors très rigoureuse, appliquée à des héritiers volontaires ou externes ». Cf. déjà Pernice Labeo, t. I, p. 326 : « *Es ist nicht überliefert, die Annahme aber liegt nahe, dass die XII Tafeln nicht nur die Teilung der übergegangenen Obligationen, sondern diesen Uebergang selbst angeordnet haben* ».

M. Korosec ne veut pas admettre que dès l'époque des Douze Tables l'héritier ait été tenu des dettes du défunt ; les affirmations faites dans les rescrits de Gordien et de Dioclétien (c. 6 C. 3, 36 ; c. 26 C. 2, 3 ; c. 7 C., 4, 16) seraient mensongères. Mais v. pour la réfutation : Monier, *op. cit.*, p. 349.

CHAPITRE II

Le pécule en tant qu'universalité de droits

La Glose faisait du pécule un des principaux types de son *universitas incorporea* ou *juris* ⁽¹⁾ et, malgré certaines divergences d'opinions, les auteurs, anciens ou modernes, reconnaissent en général au pécule les caractères d'une universalité ⁽²⁾.

Nous avons vu que l'*universitas jurium* se distinguait du *corpus ex distantibus* principalement par sa composition différente et par sa plus grande indépendance à l'égard de ses éléments constitutifs. A ce double point de vue, celui de sa composition et celui de son homogénéité, le pécule apparaît dans les sources classiques comme une universalité de droits, et cela,

(1) V. *supra*, p. 75 n. 1.

(2) Ainsi même des auteurs qui n'attachent cependant à cela que peu d'importance comme Mandry (Familiengüterrecht, t. 2, p. 8 et 19 suiv.) et M. Buckland (The R. L. of Slavery, p. 189), ou qui rejettent la distinction traditionnelle entre les *universitates juris* et *facti* comme Hasse et Mühlhbruch (V. Hasse, *Ueber Universitas juris und rerum, und über universal = und Singular = Succession* dans *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 5, 1822, p. 1 suiv.; Mühlhbruch *Ueber die s. g. juris und facti universitates*, même publication, t. 17, 1834, p. 321 suiv.

malgré la survivance de certaines règles formées à une époque où il n'avait pas encore revêtu ce caractère.

Ce chapitre sera divisé en deux titres :

1° La composition du pécule.

2° L'homogénéité du pécule.

TITRE PREMIER

LA COMPOSITION DU PECULE

§ I. — L'ACTIF DU PÉCULE

I. L'actif du pécule à l'époque classique. Point de vue général. — II. Les éléments incorporels de l'actif du pécule. — Époque à partir de laquelle le pécule put contenir des créances contre les tiers. — III. Époque à partir de laquelle il put contenir des créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias* ou d'autres membres de la *domus*. — IV. Théorie au terme de laquelle les créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias* auraient eu simplement pour effet de se compenser avec les articles de déduction. — Inadmissibilité de cette théorie.

I. — La Glose et la plupart des anciens auteurs, pour opposer l'*universitas facti* à l'*universitas juris*, notamment au pécule, présentaient ce dernier comme un ensemble d'éléments disparates, de meubles et d'immeubles, de choses et de droits. Nous avons admis au contraire, avec MM. Fadda et Bensa que les soi-disant *universitates juris* étaient des *universitates iurium*, qu'elles ne comprenaient que des droits (1).

(1) V. *supra*, p. 99.

Toutefois, la manière dont s'expriment les jurisconsultes peut, au premier abord, sembler incompatible avec cette conception. Ainsi, Ulpien nous donne comme éléments possibles du pécule une série de *res corporales* et *incorporales* : meubles, immeubles, droits de créance, etc. (2).. Mais ce n'est là qu'une simple façon de parler que nous emploierons nous-mêmes pour plus de commodité. On sait d'ailleurs que les Romains confondaient le droit de propriété avec son objet.

Deux règles générales permettent de fixer la composition active du pécule. Le pécule est, avant tout, un succédané du patrimoine, selon les jurisconsultes classiques eux-mêmes un *pusillum patrimonium* ou un *quasi-patrimonium* (3). A ce titre, il peut comprendre tous les droits patrimoniaux (4), mais, bien entendu, rien que des droits patrimoniaux. Sous un autre aspect, le pécule n'est qu'une partie du patrimoine du *paterfamilias*. Aussi, ne comprend-il, parmi les droits

(2) Fr. 7, §§ 4, 5, 6, D. 15-1.

(3) Fr. 5, § 3; 19, § 1; 32 pr.; 39; 47, § 6, D. 15-1.

(4) Ulpien nous dit ainsi (fr. 7, § 4, D. 15-1) : « *In peculio autem res esse possunt omnes* ». Le pécule pouvait comprendre même des servitudes (V. en ce sens Mandry, Familiengüterrecht, t. 2, p. 44 ; cf. Pernice, Labeo, t. 1, p. 146). Relativement aux servitudes réelles, on peut invoquer le fr. 17 D. 32-1. D'ailleurs les servitudes réelles étant des accessoires du fond dominant les jurisconsultes n'avaient pas à en faire spécialement mention. Pour les servitudes personnelles v. par exemple : fr. 5, § 7, D. 36-2. Le pécule pouvait contenir des immeubles (fr. 7, § 4, 22 et 23 D. 15-1 ; 6 D. 33-8) ; mais il semble que le cas fut assez rare (cf. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 44). Ordinairement le pécule comprenait des deniers et des objets mobiliers divers, des vêtements, des marchandises auprès d'esclaves *mercatores*, enfin, des *servi vicarii* ou *peculiares*. Les sources font assez souvent mention de *servi vicarii*. Sans doute, on désigna tout d'abord ainsi des esclaves appartenant directement au maître et chargés de remplacer ou de suppléer tel ou tel esclave (v. Erman, *Servus vicarius*, p. 403 suiv.). Mais, à l'époque classique, le mot a perdu sa signification ancienne et il ne désigne que l'esclave d'un autre esclave.

patrimoniaux, que ceux dont le *paterfamilias* peut être investi (5).

Aux paragraphes 4, 5 et 6 du fr. 7 D 15-1, Ulpien décrit ainsi l'actif possible d'un pécule : « § 4. *In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli: vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium: hoc amplius, et nomina debitorum.* § 5. *...hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait.* § 6. *Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habet,...* ».

En confondant avec les jurisconsultes le droit de propriété et la *res* objet de ce droit, on peut dire que le pécule, à l'époque d'Ulpien, était susceptible de comprendre aussi bien des *res incorporales* que des *res corporales*. Mais il n'en a certainement pas toujours été ainsi et nous devons aborder la question discutée de savoir à partir de quand il fut possible de compter dans l'actif du pécule des *res incorporales*.

II. — Selon von Tuhr (6), le pécule au début de l'époque classique n'aurait contenu que des *res corporales*. Après Labéon seulement on y aurait compté des créances acquises contre les tiers par l'*in potestate* ; bien plus tard encore, des créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias* ou d'autres membres de la

(5) Par exemple, les hérédités dévolues aux *subjecti* ne pouvaient pas être acquises à leur *paterfamilias* et ainsi accroître leur pécule, quand le père ou le maître n'avait pas la *testamenti factio* passive. Mais, même des droits appartenant ou pouvant appartenir au *paterfamilias* étaient exclus du pécule en raison d'impossibilités de fait (par exemple les servitudes réelles dont le fond dominant n'était pas *peculiaris*).

(6) *Actio de in rem verso*, p. 267 suiv. V. dans le même sens : Seckel, *Die Haftung de peculio und de in rem verso*. — Festgabe Bekker, 1907, p. 331, n. 7. — Cf. Pernice, *Labeo*, t. 1, p. 382 suiv.

domus. Ce sont là des dates trop tardives. Les arguments invoqués ne sont pas convaincants et les textes nous montrent en réalité que, dès l'époque de Servius, on comptait dans l'actif du pécule des créances contre les tiers et des créances contre les membres de la *domus*.

Relativement aux créances contre les tiers, von Tuhr invoque en faveur de sa thèse le fr. 3, § 5, D. 15-3 (7). Dans ce texte, Ulpien nous rapporte une divergence d'opinions entre Labéon et Pomponius relativement aux conditions d'existence de l'action *de in rem verso*. Il nous dit : « *Idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei adquisitum est: quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicæ rationis...* ». Von Thur pense que Labéon, à la différence de Pomponius, n'admettait pas que la créance acquise puisse faire partie du pécule. Il nous semble qu'en réalité le désaccord entre les deux jurisconsultes portait uniquement sur la nature de la *versio in rem*. Dans l'espèce envisagée, la créance est acquise au maître, qu'elle fasse ou non partie du pécule. Labéon estime que c'est là une raison suffisante pour permettre l'action *de in rem verso*. Pomponius est plus exigeant ; il ne se contente pas du simple enrichissement (direct ou indirect) du maître, il veut qu'il y ait gestion d'affaires de la part de l'esclave (8), aussi n'accorde-t-il l'action

(7) Ulpianus, *lib. 29 ad edictum*.

(8) Cependant Pomponius ne se serait pas exprimé autrement s'il avait admis que l'action puisse être accordée en dehors de

que lorsque la créance n'est pas devenue un *nomen pecuniare* ⁽⁹⁾.

Il résulte d'ailleurs au moins d'un autre texte, le fr. 7, § 5, D. 15-1, que Labéon comptait au pécule certaines *res incorporales*, certaines créances. Ulpien, après s'être occupé dans le début du paragraphe des créances du *subjectus* contre les tiers, ajoute que, selon Labéon, il faut également attribuer au pécule les hérédités et legs dévolus à l'esclave. Or, l'hérédité est une *res incorporalis* ; en outre, elle peut contenir des créances ⁽¹⁰⁾.

toute gestion d'affaires pour un enrichissement direct du maître. Lorsque la créance est acquise au patrimoine direct du maître il y a, à la fois, enrichissement proprement dit de ce dernier et gestion d'affaires. Mais Pomponius limitait sans doute les cas de *versio in rem domini* aux cas de gestion.

(9) On pourrait objecter qu'il n'y a pas à proprement parler enrichissement du maître lorsque la créance est acquise au pécule. Supposons un instant que Labéon n'ait pas songé à un enrichissement indirect du maître : trois conjectures sont alors possibles. Ou bien Labéon sous-entendait la distinction de Pomponius, ou bien il n'admettait pas que le pécule puisse contenir des créances, ou enfin il ne faisait pas tomber de plein droit au pécule les acquisitions de *alieni juris* (au moins dans le cas envisagé).

Pernice, Labeo, t. 1, p. 137, écarte la première conjecture en invoquant l'analogie du fr. 7, § 4, D. 15-3. Ici encore nous trouvons une règle trop compréhensive de Labéon limitée par Ulpien dans le même sens que Pomponius au fr. 3, § 2, eod. L'argument n'a pas de valeur, si on doit retenir comme interpolé la rectification d'Ulpien (v. en ce sens *Pringsheim animus donandi* dans *Z. S. S. f. R.*, t. 42, 1921, p. 301 ; cf. sur ce texte von Tuhr, *op. cit.*, p. 269 suiv.). Quoi qu'il en soit, il nous semble peu probable que Labéon ait sous-entendu la distinction de Pomponius, alors que, en raison de la provenance des deniers, la créance devait, en principe, appartenir au pécule. La deuxième conjecture n'est guère vraisemblable en présence des fragments 7, § 5, D. 15-1 et 3, § 2, D. 40-7 (v. ce qui est dit au texte et dans les notes suivantes). Quant à la troisième, elle doit être également écartée, car ici il y a subrogation réelle. La créance est acquise au moyen de deniers du pécule ; elle doit donc prendre de plein droit la place de ceux-ci, à moins que l'esclave n'ait voulu en faire bénéficier son maître.

Nous devons, en réalité, penser avec Pernice (*l. c.*) que Labéon accordait l'action même pour un enrichissement indirect du maître. Triphoninus, sans doute, nous déclare au fr. 6 D. 15-3 qu'il est manifestement faux (*aperte falsum*) de considérer le maître comme étant enrichi par le seul fait qu'une *res* est acquise au pécule ; mais lui-même et Ulpien discutent encore sur une conséquence de cette conception (v. fr. 5, § 3 et 6 D. 15-3).

(10) Au fr. 3, § 2, D. 40-7, Labéon, comme déjà Servius, semble compter dans le pécule du *statuliber* les créances de celui-ci

Servius lui-même reconnaissait déjà l'existence de *nomina pecularia*. L'ancien jurisconsulte, d'après les citations d'Ulpien, envisage au fr. 3, § 2, D. 40-7, l'hypothèse suivante : un maître a affranchi un de ses esclaves par testament et lui a légué son pécule, mais il a imposé à l'esclave, comme condition d'affranchissement, le paiement d'une certaine somme à l'héritier. Servius se demande alors si l'héritier qui refuse de poursuivre les débiteurs de l'esclave, est censé empêcher par son mauvais vouloir l'accomplissement de la condition; il répond affirmativement. Il est bien évident que la question ne se serait pas posée et qu'elle n'aurait pas été tranchée en ce sens par Servius, si ce jurisconsulte n'avait pas admis que les débiteurs en cause fussent débiteurs du pécule.

On ne peut pas atténuer la force probante de ce texte en disant avec von Tuhr ⁽¹¹⁾ qu'il contient un droit d'exception créé en faveur du *statuliber*; car, ce qui appartient à ce droit spécial c'est uniquement la possibilité pour le *statuliber* d'acquérir la liberté contre le gré de son nouveau maître.

III. — Il est plus difficile de déterminer à partir de quelle époque les créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias* ou d'autres membres de la *domus* ont

contre les tiers. Mais la partie du texte mentionnant l'opinion de Labéon est vraisemblablement une glose; elle est effacée par M. Siber (*Naturalis obligatio*, p. 26). Labéon toutefois devait être du même avis que Servius. Dans quel but, en effet, les compilateurs auraient-ils ajouté à notre texte : *quam sententiam et Labeo probat*? Et, si ce passage est une glose, rien ne permet de penser que le glossateur a faussement interprété l'opinion de Labéon.

(11) *Op. cit.*, p. 267, n. 16.

été considérées comme faisant partie du pécule. Les sources nous présentent de telles créances comme simplement naturelles (12). Or, selon une doctrine couramment admise par les auteurs, la notion d'obligation naturelle ne se serait dégagée qu'au milieu de l'époque classique (13). S'il en est ainsi, ne doit-on pas, *a priori*, penser qu'avant ce moment on ne tenait aucun compte des créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias* ?

Des conséquences inverses sembleraient devoir logiquement découler d'une théorie différente soutenue récemment avec beaucoup d'habileté par M. Siber (14). L'auteur nous présente la notion d'obligation naturelle comme byzantine. Jusqu'aux Bas-Empire on aurait distingué à l'intérieur de ce que nous appelons une obligation, l'obligation proprement dite (*obligatio*) et la dette (*debitum*). Les soi-disant *obligationes naturales* des personnes en puissance ne seraient que des *debita sine obligatione*. La distinction nous est présentée comme fort ancienne et M. Siber soutient même que les jurisconsultes de la deuxième moitié de l'époque classique, à la différence des jurisconsultes antérieurs, n'auraient considéré comme de véritables *debita* que les dettes sanctionnées par une action. Nous devrions, dans ces conditions, nous attendre à ce que les premiers jurisconsultes aient reconnu plus librement que leurs successeurs les créances nées entre membre d'une même *domus*.

(12) Comparez Gaius, Com. 4, § 78, et Com. 3, § 119 a.

(13) V. *infra*, p. 620 suiv.

(14) *Naturalis Obligatio* (Gedenkschrift für Ludwig Mitteis, Leipzig, 1926).

Cette théorie, bien que fort séduisante, ne nous semble pas devoir être admise. Nous exposerons plus loin les motifs que nous avons de la repousser ⁽¹⁵⁾.

La notion d'obligation naturelle est, selon nous, classique et, pas antérieure à Javolenus et Julien. Les jurisconsultes plus anciens ne parlent pas d'*obligationes naturales* et le fr. 40, § 3, D. 35-1, nous apprend d'une façon certaine que Servius ne connaissait pas encore une pareille sorte d'obligation.

C'est à tort toutefois que von Thur ⁽¹⁶⁾ en a conclu qu'avant la formation de cette notion, les créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias* n'étaient pas des éléments du pécule.

Avant que l'on ait établi sur les données de la philosophie la théorie scientifique de l'*obligatio naturalis*, on avait été obligé, depuis longtemps déjà, de tenir compte, dans certains cas, des créances et dettes nées entre membres d'une même *domus*. Ici, comme dans la matière du *corpus ex distantibus*, la philosophie n'a joué qu'un rôle limité.

Après la création de l'action *de peculio*, on fut amené à préciser nettement le contenu du pécule et on admit de fort bonne heure que le *paterfamilias*, condamné dans la mesure du pécule, pouvait déduire de la valeur de celui-ci ce que l'esclave ou le fils lui devait. Servius connaissait déjà cette déduction ⁽¹⁷⁾ et Tubéron la souligne dans sa définition du pécule ⁽¹⁸⁾. Mais, si à cette époque ancienne on pouvait tenir compte

(15) V. *infra*, p. 590 suiv.

(16) *Op. cit.*, p. 275 suiv.

(17) V. fr. 9, § 3, et 17 D. 15-1.

(18) Fr. 5, § 4, D. 15-1.

des dettes de l'*alieni juris* envers son *paterfamilias*, pourquoi n'aurait-on pas tenu compte également des créances qu'il pouvait avoir contre celui-ci ? On ne peut pas écarter l'objection en disant avec von Tuhr ⁽¹⁹⁾ que l'ancienne jurisprudence romaine admettait les déductions du maître sans reconnaître l'obligation de l'esclave, car elle aurait pu inversement admettre l'imputation au pécule sans considérer l'esclave ou le fils comme un créancier. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait.

M. Siber, qui se place à un point de vue diamétralement opposé, admet cependant, pour l'époque de Servius, des solutions analogues à celles proposées par von Tuhr ⁽²⁰⁾. Il se laisse également impressionner par le fait que ce jurisconsulte, au fr. 40, § 3, D. 35-1, déclare non valable le legs de la dette fait par le maître débiteur à l'esclave créancier. Servius, à son avis, considérerait bien comme des *debita* les créances du maître contre l'*alieni juris*, mais non ses dettes.

Il nous semble bien peu vraisemblable que les jurisconsultes aient traité différemment créances et dettes sans qu'il y ait eu pour cela une raison juridique impérieuse. Il eût été injuste, vis-à-vis des créanciers, de permettre au maître de déduire ce qui lui était dû sans être obligé d'imputer au pécule ce qu'il devait lui-même. Mais il y a mieux, dès l'époque de Servius, les dettes entre *alieni juris* étaient traitées comme des dettes envers le maître et donnaient lieu ainsi à dé-

(19) *Op. cit.*, p. 276, n. 37.

(20) Siber, *op. cit.*, p. 25 suiv.

duction. Si, dans de tels rapports on n'avait considéré que la dette, non la créance, on serait arrivé au résultat suivant dans un cas qui pouvait se présenter assez souvent. Deux esclaves d'un même maître sont réciproquement créanciers et débiteurs l'un de l'autre. Primus doit 10 à Secundus, Secundus 20 à Primus. Le maître, poursuivi *de peculio* du chef de ces deux esclaves, déduira 10 du pécule de P., 20 du pécule de S.; mais il gardera ces sommes pour lui sans les verser aux pécules auxquels elles devraient légitimement revenir. Nous avons peine à croire qu'un système aussi illogique, aussi injuste et aussi peu conforme au but du pécule ait jamais existé.

Mais le fr. 17 D. 15-1 nous apprend précisément que Servius en décidait autrement. Ulpien s'occupe dans ce texte des rapports entre vicaires et ordinaire et de la dépendance des pécules des premiers au sein du pécule du second. Il nous dit : « ...*Id vero, quod ipsi* (c'est-à-dire : *vicariis*) *debet ordinarius servus, non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est (et ita Servius respondit), sed peculium eorum augebitur, ut opinor, quemadmodum si dominus servo suo debeat* ». D'anciennes éditions du Digeste ponctuaient différemment ce passage ⁽²¹⁾. Après *est* il y avait un point, de telle sorte que les mots : *ita Servius respondit* se rapportaient à ce qui suit. Il nous semble préférable de lire la citation de Servius dans la phrase qui précède ⁽²²⁾. D'ail-

(21) Nous citons ce texte tel qu'il est ponctué par Mommsen et Krüger à la 15^e éd. du digeste ; cf. pour une ponctuation différente Galisset Corpus Juris civilis, XI^e édition.

(22) En ce sens von Tuhr, *op. cit.*, p. 276, n. 36.

leurs, la dernière partie du texte (*sed...*) peut fort bien n'être qu'une addition des compilateurs ⁽²³⁾. La citation étant ainsi placée, la doctrine de Servius demeure la même ⁽²⁴⁾. Le jurisconsulte connaît la déduction de *peculio* et il l'autorise, non seulement pour ce qui est dû directement au maître, mais encore pour ce qui est dû à d'autres *subjecti*. Dans le cas considéré ici, il refuse la déduction parce que, dit-il, les pécules des vicaires sont compris dans celui de l'ordinaire. Le raisonnement n'aurait aucune valeur, l'argument invoqué serait inopérant, si au temps de Servius le maître n'était pas tenu de reverser au pécule des *subjecti* créanciers les sommes déduites du pécule des débiteurs. Si la déduction était toujours au bénéfice du maître, il importerait peu que les pécules des vicaires soient ou non compris dans celui de l'ordinaire et la déduction devrait être possible dans tous les cas. La raison invoquée par Servius est, au contraire, décisive, si les pécules des vicaires sont accrus par les créances de ceux-ci contre l'ordinaire. Les jurisconsultes se placent au moment de la *computatio peculii ordinarii* et ils déclarent que les pécules des vicaires font partie de celui de l'ordinaire, d'où cette conséquence : on ne déduira pas ce qui est dû aux vicaires parce que, ces sommes étant reversées au pécule de ces derniers, l'opération serait complètement inutile ; la somme dé-

(23) Cette phrase est supprimée déjà par Beseler (Beiträge, t. 3, p. 196). Mais pour une raison qui nous semble mauvaise, contrairement à ce que croit M. Beseler, les créances contre le maître augmentaient le pécule de l'esclave. V. *infra*, n° 4.

(24) C'est ce que MM. von Tuhr et Siber n'ont pas vu. M. von Tuhr soutient qu'il y a une divergence d'opinions entre Servius et Ulpien : ce dernier ajouterait en opposition à la doctrine qu'il vient de rapporter : *sed etc.* En réalité, cette phrase, qui est peut-être à effacer, énonce une règle en parfaite harmonie avec la décision de Servius (v. ce qui est dit au texte).

duite du *peculium ordinarii* y retournerait comme actif du *peculium vicarii*.

On a donné, en réalité, à la décision de Servius, énoncée au fr. 40, § 3, D. 35-1, une portée qu'elle n'a pas. Javolenus ⁽²⁵⁾ nous la rapporte en ces termes : « *Dominus servo [aureos quinque] <sestertium quinque milia* ⁽²⁶⁾ *rationis ejus* ⁽²⁷⁾ *> legaverat* ⁽²⁸⁾ : *heres meus Stichus servo meo, quem testamento liberum esse jussi, [aureos quinque, quos] <sestertium quinque milia, quæ* ⁽²⁹⁾ *> in tabulis debeo, dato. Nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus nihil servo debere potuisset : ego puto secundum mentem testatoris* ⁽³⁰⁾ *naturale magis quam civile debitum spectandum esse [et eo jure utimur]* » ⁽³¹⁾.

On ne peut pas supposer que Servius méconnaissait ici la dette du maître simplement par déférence pour

(25) *Lib. 2 ex Posterioribus Labeonis*.

(26) Lenel, *Palingenesia*, t. 1, p. 306, n. 1 et t. 2, p. 329, n. 1.

(27) Mommsen, *ad h. l.*

(28) Egalement admissible est la restitution de M. Beseler (*Tijdschrift*, t. 8, 1928, p. 323) : *Dominus <servo suo ita> [.....] legaverat...*

(29) Lenel, *Palingenesia*, t. 1, p. 306, notes 1 et 2 ; t. 2, p. 329, n. 1 et 2.

(30) Selon M. Beseler (*l. c.*), les mots : *secundum mentem testatoris* seraient interpolés.

(31) M. Siber (*op. cit.*, p. 26) met en doute l'authenticité de la fin du texte depuis *naturale*, qu'il considère comme pouvant être entièrement byzantine. Il propose cependant, mais comme une simple conjecture, la substitution de *factum* à *naturale* et de *jus* à *civile debitum*. Ces rectifications ne sont pas admises par MM. Beseler (*l. c.*) et Vázný (*Naturalis Obligatio*, *Studi Bonfante*, t. 4, p. 145). Nous supprimerons seulement les mots : *et eo jure utimur*, mots inutiles et par lesquels les compilateurs ont voulu confirmer la doctrine de Javolenus. Aucun argument tiré du texte lui-même n'autorise la suppression du passage contre l'authenticité duquel M. Siber élève des doutes, ni les corrections proposées par l'auteur. La notion d'obligation naturelle est, comme nous le verrons, classique. Elle apparaît, nettement dégagée, dans l'œuvre de Julien et il n'est pas invraisemblable que Javolenus ait été en cette matière le précurseur de Julien.

celui-ci ⁽³²⁾, car, sous ce vain prétexte, notre jurisconsulte serait allé à l'encontre d'une volonté raisonnable nettement exprimée par le testateur. Mais devons-nous penser que Servius, en principe, ne tenait aucun compte des créances de l'esclave contre son maître, même lorsqu'il s'agissait de la *computatio peculii* ⁽³³⁾ ? Le fragment 17 D. 15-1 nous l'interdit déjà et il faut rapprocher également du fr. 40, § 3, cité le fr. 3, § 2, D. 40-7, qui nous rapporte, dans une hypothèse différente, une autre décision de Servius.

M. Siber, qui croit trouver une contradiction entre ces deux textes, corrige ainsi le fr. 3, § 2 ⁽³⁴⁾ : « *Inde quæritur, si forte debeatur pecunia huic servo [vel ab herede, quod in rem domini rationem plus erogaverat, vel ab extraneo], nec velit heres debitorem convenire [vel statulibero solvere pecuniam] : an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiatur. Et [aut legatum huic statulibero fuit peculium aut non : si legatum peculium fuit,] Servius scribit [moram eum libertatis passum ob hoc ipsum, quod ei aliquid ex ratione dominica deberetur nec ei ab herede præstaretur : quam sententiam et Labeo probat. Idem Servius probat et si in eo moram faciat heres, quod nolit exigere a debitoribus : nam] perventurum ad libertatem [ait] ».*

M. Siber supprime ainsi tout ce qui est relatif aux créances du *statuliber* contre l'héritier. La période

(32) L'argument est invoqué par M. Siber, *op. cit.*, p. 27, mais sans conviction.

(33) C'est la raison que semble adopter M. Siber, *l. c.*

(34) *Op. cit.*, p. 26.

moram etc. est vraisemblablement une glose ⁽³⁵⁾. Mais peut-être M. Siber fait-il de trop larges coupures dans la première phrase du texte. Le mode incorrect *erogaverat* peut n'être qu'une faute de copie. Cette inexactitude ne justifie d'ailleurs que la suppression de la proposition subordonnée inutile *quod etc...* Les mots : *vel statulibero solvere pecuniam* sont beaucoup plus critiquables. Servius, au lieu d'exiger un double paiement, ne devait-il pas se contenter d'une compensation entre les créances et dettes réciproques de l'héritier et du *statuliber* ? Selon une règle nettement formulée dans différents textes du Digeste, les créances et dettes réciproques du *paterfamilias* et de ses *subjecti* se compensaient de plein droit dès l'instant de leur coexistence ⁽³⁶⁾. Nous ignorons toutefois s'il en était déjà ainsi à l'époque de Servius. Ulpien discute encore sur cette compensation légale. ⁽³⁷⁾ et il se peut fort bien que Servius n'ait admis qu'une compensation volontaire ou judiciaire. Dans ce cas, on pourrait remplacer *vel statulibero solvere pecuniam* par *vel compensare pecuniam*. Mais le jurisconsulte devait nécessairement mentionner le refus de la part de l'hé-

(35) M. Vázny (*op. cit.*, p. 144, n. 1) admet lui aussi l'interpolation de ce texte, mais dans un sens tout différent. Il propose la restitution suivante : « *Inde quæritur, si forte debeatur pecunia huic servo [vel ab herede], quod in domini rationem plus erogaverat [vel ab extraneo], nec vellet heres [debitorem convenire vel] statulibero solvere pecuniam : an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiatur. Et [ant legatum huic statulibero fuit peculium aut non : si legatum peculium fuit]. Servius scribit... ait.* » Ces rectifications, dont l'auteur au reste ne démontre pas la nécessité, sont arbitraires. A priori, rien ne permet d'écarter systématiquement de ce texte tout ce qui a trait aux créances contre les tiers.

(36) V. Fr. 9, § 8, D. 15-1 ; 10, §§ 7, 8, 9, D. 15-3 ; 6, § 4, D. 33-8.

(37) V. Fr. 10, § 9, D. 15-3.

ritier de payer ou de compenser et cela même s'il n'avait envisagé que les créances contre les tiers. Il n'aurait pas, en effet, été suffisant de poursuivre les débiteurs ; il aurait fallu, en outre, remettre au *statuliber* la somme reçue ou la compenser.

Au contraire, si Servius admet que ces créances et dettes se compensent le plein droit, les deux interpolations signalées par M. Siber doivent être admises. Servius n'avait pas, en effet, à envisager le refus de la part de l'héritier de s'acquitter envers l'esclave, puisque, au moment même de la coexistence des créances et dettes, il y a eu compensation et accomplissement de la condition.

Toutefois notre texte, même ainsi réduit, et sans que rien puisse laisser préjuger de l'opinion de Servius, implique encore reconnaissance comme actif du pécule des créances contre le maître dès l'époque de ce jurisconsulte. L'héritier est censé en *mora* parce qu'il s'est refusé à poursuivre les débiteurs du pécule. Mais s'il intente les poursuites et s'il obtient paiement, que va-t-il se passer ? L'argent n'est pas remis au *statuliber* mais à l'héritier qui peut le garder par devers lui. Si on admet que le *statuliber* puisse être créancier de l'héritier les choses se passeront fort simplement. Par le fait même qu'il a touché le montant d'une créance du pécule, l'héritier est devenu débiteur ⁽³⁸⁾ ; il y a compensation et la condition est rem-

(38) Ulpien nous dit, en effet, au fr. 7, § 6, D. 15-1 : « *Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem ejus dominus convenit. Quare si forte ex servi emp-*

plie. Mais, si on n'admet pas l'existence d'une telle créance, la compensation ne sera pas possible et on ne pourra même pas obliger l'héritier à remettre l'argent au *statuliber* afin que celui-ci puisse se libérer à son tour puisque rien n'est dû par l'héritier. L'attribution au pécule de créances contre les tiers nous semble impliquer nécessairement reconnaissance (au moins comme actif du pécule) des créances du *subjectus* contre son *paterfamilias*. S'il y a vraiment une contradiction entre notre texte et le fr. 40, § 3, D. 35-1, les corrections de M. Siber ne la font pas disparaître.

Servius, nous devons l'admettre, tenait compte dans l'évaluation du pécule aussi bien des créances contre le maître que des dettes envers celui-ci. Comment dès lors justifier la nullité du legs dans l'hypothèse envisagée au fr. 40, § 3, D. 35-1 et comment Servius peut-il encore nous dire que rien ne saurait être dû par le maître à l'esclave ?

Il n'y a, en réalité, dans la doctrine de Servius, aucune contradiction ⁽³⁹⁾. Au fr. 40, § 3, D. 35-1, il est

tione evictionis nomine duplum dominus exigit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi ». On a, il est vrai, fortement suspecté l'authenticité de ce texte : v. Buckland T. R. L. of Slavery, p. 685; Beseler, Beiträge, t. 3, p. 196 (v. encore Pfaff, Fabricius, Jörs cités par l'Index Interpol. ad h. l.). M. Beseler supprime toute la première phrase ; puis, dans la deuxième partie du paragraphe : *quare, forte* et la dernière proposition : *nisi etc.* Ces corrections ne nous paraissent pas justifiées (sauf en ce qui concerne la phrase : *nisi etc.*). M. Beseler objecte que l'argent constituant le *duplum* peut bien rester tout d'abord entre les mains du maître, mais qu'il n'en fait pas moins partie du pécule en vertu de la subrogation. Dira-t-on cependant que le maître n'est pas naturellement obligé de verser à son esclave les deniers qu'il a reçus, même si ces deniers sont devenus *peculiares* ? Les règles de la subrogation réelle n'impliquent pas du tout que les deniers reçus fassent immédiatement partie du pécule. A notre avis, la créance contre le tiers, éteinte par le paiement, a cédé la place à une créance naturelle contre le maître, créance qui lui est subrogée (cf. fr. 5 D. 33-8).

(39) V. Vázny, *op. cit.*, p. 144-145.

question, non du legs d'un pécule, mais du legs de la somme que le maître devait à son esclave (40). La créance est ici envisagée isolément ; elle fait figure d'une véritable obligation ou d'un véritable *debitum*. Il aurait fallu la considérer comme telle pour déclarer le legs valable. Servius ne connaissait pas davantage la notion d'*obligatio naturalis* que celle de *debitum sine obligatione* et il ne pouvait pas juger le legs en question autrement qu'il ne le fait. Au contraire, lorsqu'il s'agissait de la *computatio peculii*, les créances et dettes, nées à l'intérieur de la *domus*, n'apparaissaient aux yeux des premiers jurisconsultes que comme les éléments actifs ou passifs d'une sorte de compte-courant. Tout se réglait par calculs et virements comme si, de nos jours, une personne ayant plusieurs comptes en banque opérait des transferts de fonds de l'un à l'autre de ces comptes. Mais, en dehors du pécule, créances et dettes n'existaient pas.

Ainsi, déjà à la fin de la République, il n'y avait aucune raison pour ne pas tenir compte dans la *computatio peculii* des créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias*. Servius en faisait déjà des éléments du pécule et, jusqu'au moment de la formation de la notion d'obligation naturelle, l'ancienne jurisprudence n'a pas changé. Neratius, qui ignorait peut-être la notion d'*obligatio naturalis* (41), comptait dans l'actif

(40) V. Vázny, *l. c.*

(41) Le fr. 41 D. 12-6 pourrait laisser supposer que Neratius avait déjà une certaine connaissance de la notion d'*obligatio naturalis*. Il dit selon la compilation : « *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet* ». Mais ce passage est fort suspect et de nombreux

du pécule les créances de l'*alieni juris* contre le *paterfamilias*. Son opinion peut se déduire aisément du passage suivant d'Ulpien (9, § 1, D. 15-1, *Ulpianus lib. 29 ad edictum*) : « *Plane si servus dedit damnum vel subripuit, in peculium videtur haberi, et ita Pomponius libro undecimo scribit* ⁽⁴²⁾ : *nam et si quid dominus ab eo, qui rem peculiarem subripuit, vel consecutus est vel consequi potest, in peculium esse ei imputandum. Neratius lib. 2 Responsorum scribit* ». Sans doute Pomponius semble n'invoquer l'autorité de Neratius qu'en ce qui concerne les créances nées de délits commis par des tiers. Mais nous avons déjà dit que l'imputation au pécule des créances contre les tiers impliquait reconnaissance des créances contre le *paterfamilias*. Neratius distingue d'ailleurs deux hypothèses. Il nous dit qu'au moment de l'action *de peculio* on tiendra compte, d'une part, de ce que le maître pourra toucher (*consequi potest*) : il s'agit alors de *nomina peculiaris* estimés à leur juste valeur, et, d'autre part, de ce qu'il a touché (*consecutus est*) : il s'agit cette fois d'une créance contre le maître en raison de la perception par celui-ci de *nomina peculiaris*.

M. von Tuhr invoque en sens contraire deux textes, d'ailleurs interpolés, relatifs, l'un à l'action *de in rem verso*, l'autre au *judicium familiæ erciscundæ*, qui

auteurs suppriment semble-t-il avec raison comme étant une glose ou une interpolation la phrase explicative : *quia etc...* V. en ce sens Eisele Z. S. S. f. R., t. 11 (1890), p. 25; Bonfante Istituzioni, p. 383, n. 2; Siber, *op. cit.*, p. 44; Pringsheim. Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 360, n. 1 (en sens contraire, Suman Filang, 1914, p. 343, n. 5, cité par Ind. Interp. ad h. l.).

(42) *Sexagesimo primo* selon Pernice (cité par Index Interp.); Lenel, Palingenesia, Pomponius, n° 123, et Krüger ad h. l.

n'impliquent nullement, à notre avis, une opinion différente chez Neratius ⁽⁴³⁾.

Il nous reste à examiner un passage important, relatif à l'établissement du contenu du pécule en cas de *legatum peculii*. Ulpien rapporte et commente en ces

(43) Fr. 19 D. 15-3 (von Tuhr, *op. cit.*, p. 273 suiv.) et fr. 20, § 7, D. 10-2 (von Tuhr, *op. cit.*, p. 276).

Fr. 20, § 7, D. 10-2 (Ulpianus *lib. 19 ad edictum*): « *Neratius autem respondit : eum qui plures filios haberet, unum ex filiis ἀγισθεύσαντα suscipientium professum esse: et prius quam honore fungeretur, mortuum esse omnibus filiis heredibus institutis, et quæsitum esse, an is filius, quod in eam rem impendisset, familiæ erciscundæ consequatur: eique respondisse < se (Mom.) > nulla actione idem consequi posse. Quod merito displicet. Debet itaque hoc in familiæ erciscundæ iudicium venire » ». Comme l'a démontré M. Collinet (R. H. de droit, t. 34, 1910, p. 163), ce texte est interpolé : les mots *familiæ erciscundæ* dans la première partie du passage appartiennent aux compilateurs. Ces mots ne sont pas accompagnés du mot *iudicium* et M. Collinet a bien établi que les juriconsultes classiques ajoutaient toujours à l'expression qui servait à désigner une action les mots *actio* ou *iudicium*. Il nous semble qu'il faut également remplacer *idem* par *id* (Cujas selon Krüger remplaçait *idem* par *id eum*). *Idem*, en effet, est motivé par la mention du *iudicium familiæ erciscundæ*. Neratius se demandait simplement si le fils pouvait obtenir le remboursement de ses impenses (*et quæsitum esse, an is filius, quod in eam rem impendisset, consequatur*) ; il répondait : *nulla actione id consequi posse*.*

Von Tuhr relève une divergence d'opinions entre Neratius et Ulpien et il en déduit que Neratius à la différence d'Ulpien n'attribuait pas au pécule les créances de *alieni juris* contre son *paterfamilias*. En réalité, la fin du texte (*quod merito etc.*), où Ulpien est censé énoncer son opinion personnelle, est vraisemblablement une addition byzantine. Quant à la décision de Neratius, elle n'implique pas méconnaissance, comme éléments actifs du pécule, des créances du fils contre son *paterfamilias*. Le cas considéré dans ce texte est le suivant. Un fils a payé (s. e. avec les deniers de son pécule) une dette de son père. Ce dernier est devenu *debitor peculii*. Le père meurt sans préléguer le pécule au fils (il n'est pas, en effet, question d'un *prelegatum peculii*). Le fils peut réclamer le remboursement de ses impenses seulement en raison de son droit sur le pécule (surtout pour Neratius qui ne connaissait probablement pas la notion d'obligation naturelle). Comme il ne touche le pécule qu'en qualité d'héritier et dans la même proportion que le reste du patrimoine de son père, il y a confusion par la réunion entre ses mains de la masse créancière et de la masse débitrice.

Quant au fr. 19 D. 15-3, il est des plus suspects (cf. Index Interp. ad h. l.) ; mais devrions-nous l'accepter dans la forme où il nous a été transmis, il n'en résulterait aucun argument en faveur de la thèse de M. von Tuhr. Les divergences d'opinions qui existent entre juriconsultes d'époques différentes relativement à l'*in rem versum* s'expliquent de toute autre façon que par l'attribution tardive au pécule des créances contre le maître. V. *infra*, p. 308 *solv.*

termes un rescrit curieux des empereurs Sévère et Antonin (fr. 6, § 4, D. 33-8 — *lib. 25 ad Sabinum*) : « *Sicut autem æs alienum, hoc est quod debetur domino, minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo, augere debet. Sed huic sententiæ adversatur rescriptum imperatoris nostri et patris ejus, quod ita est : Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniæ, quam se in rationem domini impendisse dicit. Quid tamen, si hæc voluntas fuit testatoris ? Cur non possit consequi ? Certe compensari debet hoc quod impendit cum eo quod domino debetur. An et quod dominus scripsisset se servo debere, peculio legato cederet ? Pegasus negat : idem Nerva : et cum Gneus Domitius filiæ suæ peculium quod ejus esset legasset, et annum quod ei solitus erat dare, bienno non dedisset, sed in rationibus suis retulisset filiæ se debere quinquaginta, Atilicinus existimavit, legato non cedere, quod verum est, quia consonat rescripto » . Les empereurs Sévère et Antonin décident par le rescrit dont il est fait mention au texte cité, que le pécule légué à l'esclave ne comprend pas les créances que ce dernier pouvait avoir contre son maître ⁽⁴⁴⁾.*

(44) Il ne s'agit pas ici comme le croit M. Buckland (*op. cit.*, p. 194) d'une règle purement interprétative de la volonté du testateur. Ulpien semble bien ne pas l'entendre ainsi quand il nous dit : « *quid tamen, si hæc voluntas fuit testatoris* » ?

Scaevola, il est vrai, dans un texte antérieur au rescrit (fr. 23, § 1, D. 33-8), attribue au *peculium legatum* une créance de l'esclave contre le maître, en fondant sa décision sur ce fait que le maître, de son vivant, avait l'habitude d'acquitter les dettes de cette sorte (*respondit secundum ea, quæ propter consuetudinem proponerentur, id quoque legato contineri; quod et (ei Mom.) dominica ratio deberet et solita erat reddere*); mais Scaevola ne fait que respecter ce principe que le maître n'est débiteur du pécule qu'autant qu'il le veut bien.

La créance dont il est ici question est née conformément aux

Le rescrit choque Ulpien qui ne cache guère sa façon de voir à ce sujet ⁽⁴⁵⁾; mais était-il conforme à l'ancienne jurisprudence comme on l'a soutenu parfois ?

Il convient de signaler tout d'abord la différence essentielle qui sépare la décision des empereurs de celle rendue par Servius au fr. 40, § 3, D. 35-1. Servius envisageait le legs d'une dette, les empereurs celui d'un pécule. Toutefois, à première vue et si on accepte le texte dans la forme où il nous est transmis, on peut penser que les anciens juristes cités par Ulpien ne comptaient pas au pécule les créances de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias*, au moins après le décès de ce dernier ⁽⁴⁶⁾. Mais, on s'aperçoit aisément à la ré-

principes généraux du droit ; elle doit faire immédiatement partie du pécule et le maître poursuivi de *peculio* par des créanciers antérieurs ne pourrait sans dol se refuser à l'acquitter. Mais le principe visé par Scaevola prend toute sa force lorsqu'il s'agit de fixer la consistance du legs d'un pécule. On voit quelle différence il y a entre la doctrine de Scaevola et celle des empereurs. Ces derniers décident d'une façon générale que les créances de l'esclave contre son maître ne sont pas comprises dans le pécule, à lui légué. Cette décision a une portée si générale que l'on peut se demander si elle ne reçoit pas application malgré une volonté contraire évidente du testateur (*quid tamen, si hæc voluntas fuit testatoris ?*) En outre, si nous suivons l'interprétation qui en est donnée par les compilateurs (c'est à eux qu'appartiennent les mots *quia consonat rescripto*), les usages antérieurement suivis par le maître ne sont pas pris en considération. Les compilateurs considèrent comme conforme au rescrit la non attribution au pécule d'une rente que le *paterfamilias solitus erat dare*. Sans doute, cette décision se justifiait en réalité par l'inexistence de la dette; mais les compilateurs, qui voulaient dissimuler la manière de voir d'Ulpien, faisaient abstraction de ce motif.

(45) On remarquera notamment ces objections faites d'une façon assez vive : *quid tamen...? Cur non possit...?* (V., pour l'authenticité de cette partie du texte, *infra*, note 55).

(46) Selon Pernice (Labeo, t. 1, p. 384) Nerva et Pegasus n'attribuaient pas les créances de l'*alieni juris* contre le *paterfamilias* au pécule comme tel : ces créances appartenaient au domaine de la *fides* et les anciens jurisconsultes n'en tenaient compte que pendant la vie des deux personnes liées par ce rapport de *fides* (« *Sie verlangen dazu das Leben beider, die in diesem Fidesverhältnisse stehen* »). Pernice, si nous interprétons exactement sa pensée, admet que l'on ait pu tenir compte des créances même

flexion que l'hypothèse prévue par les empereurs et celle prévue par les juristes ne sont pas les mêmes. Le rescrit interdit la revendication de sommes que l'esclave a effectivement dépensées dans l'intérêt de son maître. Les juristes se placent, au contraire, dans des hypothèses où une semblable *causa debendi* n'existe pas. Le *paterfamilias* a simplement écrit sur ses livres de comptes qu'il devait au *subjectus* la somme de tant. *Quod dominus scripsisset se servo debere*, disent Nerva et Pegasus. L'énoncé, à la fin du paragraphe, du cas concret sur lequel Atilicinus fut appelé à se prononcer ne peut laisser subsister aucun doute. Gneus Domitius avait coutume de remettre à sa fille une rente annuelle. Au moment de son décès il n'avait pas payé cette somme depuis deux ans, mais il avait écrit sur ses livres qu'il devait 50 à sa fille. Comme on le voit, il ne s'agissait pas de créances nées entre l'esclave ou la *filia* et le *paterfamilias* en suite d'un contrat ou d'un quasi-contrat générateur d'obligations selon les principes généraux du droit. Or, Pomponius nous apprend précisément que dans de telles hypothèses le pécule n'était pas accru. Pour que le *paterfamilias* puisse être considéré comme débiteur de l'*in potestate*, il faut un rapport juridique de nature à faire naître une véritable obligation entre deux

en considération du pécule pendant la coexistence de l'esclave et du maître. M. von Tuhr (*op. cit.*, p. 277), qui adopte dans une certaine mesure la manière de voir de Pernice, soutient que primitivement on ne tenait jamais compte dans l'évaluation du pécule des créances contre le maître, le domaine de la *fides* étant en dehors du droit (« *Die debita domini gehörten für sie dem Gebiete der fides an, auf welches sich die Vorschriften der Rechtsordnung noch nicht erstreckten* »).

individus *sui juris* ⁽⁴⁷⁾. Il nous suffit de citer les deux textes où Pomponius développe cette doctrine, en considération d'ailleurs des hypothèses mêmes prévues par Nerva, Pegasus et Atilicinus.

Fr. 4, § 1, D. 15-1 (Pomponius *lib. 7 ad Sab.*) « ...*Si vero nomina ita fecerit dominus, ut quasi debitorem se servo faceret, cum re vera debitor non esset, contra puto: re enim, non verbis* ⁽⁴⁸⁾ *peculium augendum est* ».

Fr. 49, § 2, D. 15-1 (Pomponius *lib. 4 ad Quintum Mucium*) : « *Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa præcesserat* ⁽⁴⁹⁾ *debendi, nuda ratio non facit eum debitorem* » ⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾.

(47) Il n'était pas nécessaire d'ailleurs que le contrat fut causal, v. Arangio Ruiz *Ist.*, t. 2, p. 312, n. 1.

(48) *Litteris* au lieu de *verbis*, selon Binder *Studi Brugi*, p. 342, n. 3; en sens contraire De Ruggiero *Studi Perozzi*, p. 392 (cités par Index *Interp. ad h. l.*).

(49) *Præcesserat* au lieu de *præcesserit* (v. Fadda cité par Index *Interp. ad h. l.* et Siber, *op. cit.*, p. 41, n. 1) rend suspects les mots *ulla causa præcesserat debendi*. Vraisemblablement Pomponius, comme le suppose M. Siber (*l. c.*), donnait encore d'autres exemples. Les compilateurs les ont remplacés par les mots : *ulla causa etc.*

(50) Cf. fr. 26 D. 39-5 (Pomponius *lib. 4 ad Quintum Mucium*) : « *Nuda ratio non facit aliquem debitorem: ut puta quod donare libero homini volumus, licet referamus in rationes nostras debere nos, tamen nulla donatio intellegitur* ». (Ce texte est transcrit par M. Lenel à la suite du fr. 49, § 2, D. 15-1 — Palingenesia, t. 2, p. 62).

(51) Mandry, *Familiengüterrecht*, t. 2, p. 32, n. 15, avait déjà fait valoir cet argument contre la thèse de Pernice. Von Tuhr (*op. cit.*, p. 277, n. 38) essaye de l'écarter ainsi : Dans les hypothèses prévues par Nerva et Pegasus il y avait bien, nous dit-il, une *causa debendi*; si Ulpien mentionne seulement l'inscription sur les livres du maître, ce n'est pas pour nous dire que la créance est née *nuda ratione*, mais qu'elle est prouvée à la différence de celle visée par le rescrit. En réalité, les empereurs n'ont pas tranché seulement une question de preuve. Les Institutes de Justinien nous enseignent qu'il s'agit d'une créance établie : § 20 *In. 2*, 20 : « ...*Idem rescripserunt, peculio legato non videri id relictum ut*

Ces deux passages de Pomponius sont, au reste, l'un et l'autre relatifs à la consistance du pécule légué ⁽⁵²⁾.

Les juristes cités par Ulpien devaient donc nécessairement prononcer l'inexistence de la dette dans les hypothèses par eux envisagées, sinon ils auraient admis l'augmentation du pécule *verbis* ou *nuda ratione*. Au contraire, le rescrit méconnaît une dette née conformément aux principes généraux du droit.

On peut se demander toutefois comment Ulpien pouvait approuver les décisions des anciens juristes par les mots : *quod verum est quia consonat rescripto*, s'il y avait entre celles-ci et le rescrit des empereurs la différence que nous avons signalée. A s'en tenir au texte de la compilation, il semble que pour Ulpien il s'agit de la même question tranchée dans le même sens par les empereurs et les Prudents. En réalité, les mots : *quia consonat rescripto* appartiennent aux compilateurs. Comme le signale M. Beseler, l'expres-

petitionem habeat pecuniæ quam in rationes dominicas IMPENDIT » ; et cela découle même clairement du texte d'Ulpien. Le jurisconsulte nous dit : « *Certe compensari debet hoc quod impendit cum eo quod domino debetur* ». Pour que la compensation soit possible, il faut que la créance soit prouvée ou qu'elle puisse l'être. Nerva et Pegasus se posaient la même question que Pomponius (fr. 4, § 1 et 49, § 2 cit.) et il la tranchait dans le même sens que lui.

Von Tuhr dit encore que la rente que Gneus Domitius fournissait à sa fille était bien due en vertu d'une *causa debendi* : le père est, en effet, tenu de subvenir à l'entretien de ses enfants. Remarquons tout d'abord que cette rente n'était pas indispensable puisque la fille de Domitius s'en était passée pendant 2 ans. C'est à tort que von Tuhr fait intervenir ici cette soi-disant obligation alimentaire, qui n'a été sanctionnée qu'assez tard *extraordinem* et qui n'était qu'un devoir moral. Elle ne peut pas constituer une *causa debendi* si cette dernière doit être appréciée *ex jure civili*. D'ailleurs, la rente que le *paterfamilias* fournit au *subjectus* pour son entretien ne tombe pas au pécule (arg. fr. 40, § 1, D. 15-1) à moins d'une concession expresse (cf. fr. 25, D. 15-1).

(52) V. Lenel, *Palingenesia*, t. 2, p. 105 et 62.

sion n'est pas classique ⁽⁵³⁾; des raisons d'ordre logique nous semblent, en outre, confirmer l'interpolation.

Si on lit ce texte attentivement, sans rien en retrancher, on constate que le jurisconsulte raisonne d'une façon bien étrange. Il énonce tout d'abord ce principe général, admis à son époque et déjà longtemps auparavant ⁽⁵⁴⁾, que le pécule, diminué par les dettes de l'esclave envers son maître, est inversement accru par les créances du premier contre le second. Il rapporte en second lieu le rescrit des empereurs et il nous le présente comme une entorse à la règle qu'il vient d'énoncer. Suivent alors plusieurs objections : *quid tamen, si hæc voluntas fuit testatoris? Cur non possit consequi* ⁽⁵⁵⁾ ? Pour montrer combien la décision des empereurs est illogique, Ulpien signale qu'elle ne s'oppose pas à la compensation. Ce qui est exact. La raison en est d'ailleurs simple : le rescrit ne vise que le cas de legs du pécule à l'esclave. Or, avant le décès du maître, créances et dettes se sont compensées de plein droit. Mais les conséquences de cela sont cho-

(53) V. Beseler, *Beiträge*, t. 3, p. 195. Dans *Beiträge*, t. 2, p. 64, M. Beseler efface également les mots *quod verum est*. Il est certain qu'Ulpien approuvait les décisions des anciens juristes. Se servait-il de cette expression ou d'une autre ? Nous ne pouvons pas le savoir. Dans le doute il est préférable de conserver les mots : « *quod verum est* ».

(54) Selon M. Beseler (*op. cit.* t. 3, p. 193), la première phrase du texte serait de Sabinus.

(55) M. Beseler (*op. cit.*, t. 2, p. 64 et t. 3, p. 195) efface ces deux interrogations. Mais le style n'en est peut-être pas aussi critiquable que le pense l'auteur. De toute façon, ce ne sont pas les compilateurs qui ont inséré ces différentes interrogations, puisqu'ils adoptent le rescrit. En outre, si on sait discerner dans la suite du texte ce qui provient des compilateurs, on s'aperçoit qu'Ulpien n'approuve pas le rescrit mais le combat ; ces objections sont donc très naturelles de sa part.

quantes. Si l'esclave est débiteur de son maître sa créance diminue le *jus deductionis* de l'héritier; s'il n'est pas débiteur on ne tient aucun compte de sa créance. Ulpien nous rapporte alors une série de décisions présentant une apparente analogie avec le rescrit, mais qui ne contredisent en aucune façon le principe posé au début du paragraphe. On s'attendrait à ce qu'Ulpien pousse plus loin son développement et nous indique lui-même comment les décisions des Prudents sont justes, celles des empereurs anormales. Il n'en est rien. Le jurisconsulte approuve les réponses de Nerva Pegasus et Atilicinus en invoquant le rescrit qu'il semblait combattre auparavant. Les derniers mots du texte appartiennent, en réalité, aux compilateurs. Justinien paraît, en effet, avoir ajouté une grosse importance au rescrit des empereurs Sévère et Antonin qu'il mentionne également dans ses Institutes (56). Les rédacteurs du Digeste se sont trouvés en présence d'un texte d'Ulpien, où le jurisconsulte combattait le rescrit et où, après avoir approuvé Nerva Pegasus et Atilicinus par les mots : *quod verum est* ou par d'autres, il montrait quelle différence il y avait entre l'ancienne jurisprudence et le rescrit. Les compilateurs tenaient à conserver ce texte à cause de la mention du rescrit, mais ils ne pouvaient pas laisser passer la partie trop nettement contraire à la décision des empereurs. Ils ont alors remplacé celle-ci par les mots : *quia consonat rescripto* accolés à *quod verum est*; interpolation qui enlève tout sens raisonnable au

(56) § 20 In. 2, 20.

paragraphe, mais qui peut faire illusion à première vue à cause de l'apparente analogie des hypothèses qui y sont envisagées.

La portée du rescrit comme sa raison d'être ne sont pas certaines. Les empereurs ont voulu probablement éviter un abus possible de la part de l'affranchi ⁽⁵⁷⁾. Ils ont peut-être estimé également qu'il était inélégant que celui-ci vienne réclamer le montant d'une créance à l'héritier, représentant du maître décédé, alors qu'il devait à la bienveillance de ce dernier à la fois la liberté et le legs de son pécule. Ces raisons, les seules plausibles, laissent supposer que le rescrit ne s'appliquait qu'au legs de pécule fait à un esclave, non au *prelegatum peculii* adressé à un *filius*; les empereurs, dans le texte cité, ne s'occupent d'ailleurs que du premier.

IV. — Selon M. Beseler ⁽⁵⁸⁾, les empereurs dans le rescrit en cause n'auraient fait qu'appliquer le droit commun du pécule dont se serait écarté, en cas de *legatum peculii*, le jurisconsulte Sabinus.

L'auteur pense, en effet, que les créances naturelles de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias* ne valaient pas, en principe, comme des éléments du pécule : elles auraient eu pour simple effet de réduire par compensation le montant des déductions que le *paterfamilias* pouvait opérer sur la valeur du pécule au moment de la *computatio peculii*. Le début du fr. 6, § 4, D. 33-8 (*sicut autem ...augere debet*) appartiendrait à Sabinus,

(57) V. Pernice, *Labco*, t. 1, p. 384.

(58) *Beiträge*, t. 3, p. 195.

cité ici par Ulpien. L'ancien juriste aurait décidé que le pécule légué comprenait le montant de ce que le maître devait à l'esclave. Les empereurs, au contraire, pense M. Beseler, voulaient que le pécule fût apprécié de la même manière, qu'il s'agisse de fixer le montant du *legatum peculii* ou l'étendue de la condamnation *de peculio*. Selon eux, les créances naturelles de l'esclave ne grossiraient pas le pécule légué, mais pourraient se compenser avec ce qui est dû à l'héritier.

Il est bien peu vraisemblable que les jurisconsultes aient apprécié plus largement le pécule en cas de legs de celui-ci, que lors de l'action *de peculio*. Les créanciers du *subjectus* sont plus dignes d'intérêt que le légataire du pécule, qui fait un pur gain. D'autre part, il y allait du crédit des personnes en puissance de ne pas apprécier trop sévèrement le gage qu'elles offraient à leur créancier.

Mais reprenons le début du fr. 6, § 4. Le jurisconsulte nous dit : « *Sicut autem æs alienum, hoc est quod debetur domino, minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo augere debet* ». La raison invoquée ici vaut autant en ce qui concerne l'évaluation de la condamnation *de peculio* que celle du *legatum peculii* : dans un cas comme dans l'autre, en effet, *quod debetur domino minuit peculium*.

Admettre la compensation entre les créances et dettes naturelles du *servus* et ne pas considérer les premières comme des éléments du *peculium servi*, c'est là une chose en elle-même surprenante ; Ulpien s'en for-

malise et signale ce résultat étrange pour combattre le rescrit.

A la vérité, la thèse de M. Beseler est formellement contredite par un ensemble de textes dont l'auteur n'est pas parvenu, selon nous, à écarter la force probante.

Nous citerons en ce sens les fragments 38, § 2, D. 12-6; 4 pr.; 7, § 6; 9, § 1; 17 D. 15-1 (59).

Ainsi dès l'édit sur l'action *de peculio*, le pécule

(59) Fr. 38, § 2, D. 12-6 (*Africanus lib. 9 quæst.*) : « ... quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisse computetur ». M. Beseler (*op. cit.*, p. 195) commente ainsi ce texte : « *Computetur : natürlich kompensando* ». Cette interprétation est arbitraire et bien peu vraisemblable. Le jurisconsulte nous dit que, dans l'action *de peculio annalis*, on tiendra compte des dettes du *pater* envers le *filius*; on doit logiquement en conclure que ces dettes augmentent l'actif du pécule. Africain s'exprimerait bien maladroitement s'il voulait simplement nous dire que l'on pourra en tenir compte le cas échéant en les opposant en compensation aux articles de déduction du *paterfamilias*.

De même, selon M. Beseler (*op. cit.*, p. 196), il ne s'agirait que de la compensation au fr. 4, § 1, D. 15-1 (« ...si vero nomina ita fecerit dominus, ut quasi debitorem se servo faceret, cum re vera debitor non esset, contra puto; re enim, non verbis peculium augendum est »). M. Beseler (*l. c.*) se contente de nous dire : « *Pomponius meint: fiktive Naturschulden des Herrn tangen nicht zur Kompensation mit Deduktionposten* ». Cette manière de voir est condamnée par le texte de Pomponius lui-même. Le jurisconsulte, en effet, prévoit, dans le cas où la dette est née *re*, une augmentation du pécule (*peculium augendum est*).

En ce qui concerne le fr. 7, § 6, v. *supra* note 38.

Pour M. Beseler (*l. c.*), le fr. 9, § 1, serait en dehors de la question; pour que l'esclave devienne créancier du maître dans l'hypothèse où ce dernier a touché le montant de *nomina peculiaris*, il faudrait que les deniers aient été consommés. Nous avons déjà repoussé cette manière de voir.

Enfin, le fr. 17, D. 15-1, nettement contraire à la thèse de M. Beseler, le demeure encore indirectement, même si on supprime avec cet auteur la phrase « *sed peculium eorum etc.* ». « *Id vero, nous dit Ulpien, quod ipsis (vicariis) debet ordinarius servus, non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est (et ita Servius respondit)...* ». Si on refuse ici la déduction, c'est parce que les sommes déduites du *peculium ordinarii* devant être attribuées au pécule des vicaires l'opération serait inutile. Or, si les créances entre co-esclaves sont des éléments du pécule, pourquoi n'en serait-il pas de même des créances contre le *dominus*? Mais il y a mieux, toute créance naturelle entre *alieni juris* appartient de droit au *paterfamilias*, quitte à celui-ci à reverser au pécule de l'*alieni juris* créancier ce qu'il aura pu déduire du pécule du débiteur. Ne s'agit-il pas alors dans notre texte d'une créance contre le maître?

pouvait contenir des *res incorporales*. Il ne fut cependant considéré comme une universalité de droits qu'au début de l'époque classique. Auparavant, la notion d'universalité n'étant pas encore dégagée, le pécule, comme toute masse patrimoniale, constituait simplement un ensemble de *bona*. C'est ce que nous croyons pouvoir établir en étudiant le passif du pécule.

§ II. — LE PASSIF DU PÉCULE

I. Le passif du pécule à l'époque classique. — A) Les dettes déductibles. — B) Les dettes donnant lieu à l'action *de peculio* ou à la *tributio mercis*. — Inadmissibilité de la théorie selon laquelle ces dettes ne feraient pas partie du pécule. — II. Le pécule considéré avant l'époque classique comme un ensemble de *bona* ne comprenant pas les dettes. — Origine de la règle : *peculium deducto quod domino debetur computandum esse*.

I. — A l'époque classique, le pécule avait, non seulement un actif, mais un passif. Celui-ci comprenait toutes les dettes dont la satisfaction pouvait être poursuivie sur les *res peculiares* ; c'est-à-dire, les dettes déductibles, celles donnant lieu à l'action *de peculio* ou à la *tributio mercis*.

A. — Au moment de l'action *de peculio* ou en cas de transfert du pécule, le *paterfamilias* pouvait déduire de ce dernier ce que l'*alieni juris* devait, soit à lui-même, soit à d'autres personnes en sa puissance.

Ces articles de déduction, qui furent érigés en *naturales obligationes* au cours de l'époque classique, n'étaient au début de cette période, comme les créances imputables, que de simples articles de compte dans l'estimation du pécule; elles étaient étroitement

liées à ce dernier et à lui seul. Après la formation de la notion d'obligation naturelle, les *subjectus* apparaissant comme un *naturalis debitor*, on pouvait se demander dans quelle mesure la dette se trouvait encore liée au pécule. Il appartenait à Julien de trancher la question. Africain, son disciple, nous rapporte ses réponses dans deux cas fort voisins au pr. et au § 1 du fr. 38 D. 12-6 (1). La première hypothèse considérée était la suivante. Un *filius familias* avait emprunté une certaine somme à son frère, alors qu'ils se trou-

(1) Africanus *lib. 9 quæstionum* : « pr. frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: quæsitum est, an repetere possit. Respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quæ fuisset hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si prælegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret...: § 1 Quæsitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset ».

Sur l'interprétation de ce texte, v. notamment Bekker, *Aktionem*, t. 2, p. 352 suiv.; Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 132, 139; Révillout, *op. cit.*, p. LXXVII et suiv.; Boulard, L. Salvius Julianus, p. 345 suiv.; Vazny *op. cit.*, p. 146 suiv.

M. Siber (*op. cit.*, p. 34, n. 8) efface au pr. les mots : « *naturalem* », « *obligationem quæ fuisset* »; il remplace au § 1 *naturalem obligationem* par *debitum* (cf. Pacchioni, *L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale — Rivista diritto civile*, t. 18, 1926, p. 50). M. Pacchioni supprime au § 1 les mots *naturalem obligationem*. Ces corrections qui ne sont justifiées par aucun argument tiré du texte même, ne devraient être admises que, si, comme le pense M. Siber, les dettes de *alieni juris* envers son *paterfamilias* étaient, non des *obligationes naturales*, mais des *debita sine obligatione*. Nous repousserons plus loin cette théorie (Les rectifications de M. Siber ne sont pas admises par MM. Beseler. *Z. S. S. f. R.*, t. 50, 1930, p. 58, Vazny, l. c.; Lenel, *Z. S. S. f. R.*, t. 51, 1931, p. 52).

M. Beseler (l. c.) apporte à la partie citée du fr. 38 pr. quelques modifications. Il substitue *posset* à *possit* dans la phrase *quæsitum est*, dans la réponse de Julien, *exstitit à extiterit, esset à sit*. M. Beseler efface encore *a fratre* devant *ex eo fieret*. Ces retouches ne sont pas reproduites dans la lecture donnée par M. Lenel, l. c.

vaient tous deux *in patria potestate*. Le père mourut laissant ses deux fils héritiers. Le *filius* débiteur remboursa alors spontanément à son frère le prêt qu'il avait reçu de lui. On se demandait s'il pouvait répéter le paiement au moyen de la *condictio indebiti*. Le paiement même par erreur d'une dette naturelle ne peut pas donner lieu à répétition (2). Or, le fils n'était-il pas devenu débiteur naturel de son frère ?

Le principe de l'acquisition au *paterfamilias* jouait même lorsqu'il ne s'agissait que de simples créances nées entre personnes *in eadem potestate*. Au moment du contrat, c'est le père qui est devenu créancier naturel du fils emprunteur (à charge bien entendu de reverser éventuellement au pécule de l'autre fils le montant de ce qu'il aura pu obtenir par déduction). A son décès, sa créance se divise entre ses fils héritiers en proportion de leur vocation successorale. Le fils débiteur est devenu pour partie créancier et sa dette naturelle est éteinte d'autant par confusion. Mais restait-il débiteur pour l'autre partie de la dette ? Pas nécessairement. Même en ce qui concerne le restant de la dette, il ne sera débiteur, dit Julien, que si son co-héritier touche une portion inférieure du pécule (et pour la différence), par exemple si le pécule est pré-légué au fils débiteur.

Au § 1 de ce même texte il s'agit d'une hypothèse moins complexe. Le fils a emprunté à son père, puis, après émancipation, s'est acquitté de sa dette. Julien

(2) Cf. Girard Manuel, p. 679, n. 3.

ne lui accorde la répétition que si le pécule est demeuré auprès du père.

Comme nous le voyons, l'érection en *obligationes naturales* des dettes de l'*alieni juris* envers son *paterfamilias* ou d'autres personnes de la *domus* n'a pas eu pour résultat d'atténuer le rapport qui les liait au pécule. Dans les hypothèses considérées par Julien et Africain, ces dettes se transmettent avec l'actif du pécule et dans la même proportion que lui. C'est pourquoi, une partie du pécule demeurant auprès du créancier naturel, il y a réunion dans la personne de celui-ci de la double qualité de créancier et de débiteur et partant confusion.

Les dettes envers le maître ou d'autres membres de la *domus*, comme les créances contre ces mêmes personnes, étaient appréciées *ex causa civili* (3). Les textes nous fournissent de nombreux exemples de dettes déductibles. Celles-ci pouvaient naître de contrats, de quasi-contrats, même de délits (4). Mais, dans ce dernier cas, le maître ne déduisait que le simple du dommage causé (5).

B. — Devons-nous limiter le passif du pécule aux dettes jusqu'à présent considérées?

Selon une théorie principalement défendue par Mandry et qui groupe un certain nombre de parti-

(3) Fr. 49 § 2, D. 15-1.

(4) V. d'une manière générale : Fr. 4, § 3; 9, § 6; 49, § 2 D. 15-1; pour quelques exemples : fr. 30 pr. D. 19-1; 4, § 3; 9, § 6, 8; 11; 49, § 1; 56 D. 15-1; 9, § 1 16 pr. D. 33-8.

(5) V. fr. 9, § 6 D-15-1 et 9, § 1 D. 33-8. On comprend aisément qu'on n'ait pas permis au *paterfamilias* de déduire du pécule le montant de la peine privée, puisqu'il a le coupable en son pouvoir et peut exercer sur lui sa vengeance (fr. 17 pr. D. 47-2).

sans (6), seules les dettes déductibles feraient partie du pécule, celles entrant en ligne de compte dans la *tributio mercis* seraient exclusivement dettes de la *merx peculiaris*, enfin, celles donnant lieu à l'action de *peculio* seraient complètement en dehors du pécule.

L'argument que Mandry veut déduire en ce sens de l'absence d'une procédure par concours, d'une faillite réglant le sort de ces dettes est sans valeur. En raisonnant ainsi il faudrait dire que dans le droit français, où la faillite n'est admise qu'en matière commerciale, les dettes des non-commerçants ne font pas partie de leur patrimoine. Le système français des saisies aboutit au même résultat que la loi du premier occupant suivie en matière d'action de *peculio* (7).

On ne peut pas non plus invoquer le fait que de telles dettes peuvent n'avoir aucun rapport avec le pécule ou naître avant la *concessio peculii*, car il en est ainsi également de celles envers le maître (8). Que les jurisconsultes classiques aient considéré les dettes poursuivables de *peculio* comme des éléments du pécule, cela résulte nettement de la non-application

(6) Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 46 suiv. (principalement p. 49 suiv.). V. dans le même sens : Brinz, *Pandekten*, t. 3, p. 631, n. 42; Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, t. 2, p. 133.

(7) Fr. 10 D. 15-1 (*Gaius lib. 9 ad ed. prov.*) « ...*In actione de peculio occupantis melior est conditio* ». Cf. encore fr. 52 pr. h. t.; 6 D. 14-4; 4 D. 15-3 (mais sur ce dernier texte v. *infra*, p. 322 en note).

(8) Celles-ci ne doivent pas nécessairement avoir trait à la gestion du pécule, puisqu'elles peuvent naître de délit. Il est également certain qu'elles pouvaient être contractées avant la *concessio peculii*; cela fut vraisemblablement admis en même temps que la faculté fut accordée aux tiers d'intenter une action de *peculio ex ante gesto*.

du sénatus-consulte Trebellien dans l'hypothèse du fr. 1, § 8, D. 15-2 (9).

En réalité, le passif du pécule comprend toutes les dettes dont la satisfaction peut être obtenue au détriment de ce dernier; d'où : 1° les dettes déductibles ; 2° les dettes poursuivables seulement *de peculio* ; 3° les dettes commerciales ; 4° celles pouvant donner naissance à une action adjectice *in solidum*. Les dettes commerciales, sans doute, constituent plus spécialement des éléments de la *merx pecularis*, laquelle forme à l'intérieur du pécule une universalité juridique distincte (10).

Mais les créanciers commerciaux ne sont pas contraints de réclamer la *tributio mercis*, ils peuvent, s'ils le préfèrent, agir *de peculio*. Pour ce même motif nous classons parmi les éléments passifs du pécule les dettes nées en suite de *præpositio* ou de *jussus*. En effet, dans ces cas, l'*alieni juris*, ne représentant passivement son *paterfamilias* que d'une façon indirecte, était tenu en même temps que lui (11), et responsable

(9) Fr. 1, § 8, D. 15-2 (Ulpianus lib. 29 ad ed.) : « Si præcepto servo et peculio rogatus sit heres restituere hereditatem, si de peculio conveniatur, Trebelliani exceptione non utetur, ut Marcellus transtans admittit: is autem cui restituta est hereditas non tenetur, ut Scaevola ait, cum peculium non habeat nec dolo fecerit quominus haberet ».

L'héritier a été prié de restituer l'hérédité, mais en prélevant de celle-ci un esclave et son pécule. L'héritier est, en principe, protégé contre les créanciers héréditaires par l'exception du Sénatus-consulte Trebellien. Mais notre texte fait une exception en ce qui concerne l'action *de peculio*. Celle-ci devra être dirigée, non contre le bénéficiaire de l'hérédité, mais contre le bénéficiaire du pécule. Le passif du pécule apparaît alors comme une partie de celui-ci. C'est l'idée que la Glose dégageait de ce texte en disant : « *Peculium est universitas incorporea et juris in qua actiones continentur*. V. sur ce texte principalement Flach, De la subrogation réelle dans Nouvelle Revue Hist. de Droit, t. 14 (1868), p. 478.

(10) V. *infra*, p. 349 suiv.

(11) V. Gaius Com. 4, § 74 : « *Ceterum dubium non est, quin et*

sur cette masse de biens qui lui servait de patrimoine : son pécule.

Toutefois, ce rapport entre les dettes envers les tiers contractées par l'*in potestate* et l'actif du pécule pourrait sembler contestable en cas de *legatum peculii*. En effet, tandis que les dettes envers le maître étaient déduites de la masse à transmettre, celles envers les tiers n'étaient mises à la charge du légataire, du moins dans la doctrine qui prévalut, que par un moyen détourné ⁽¹²⁾. Mais il en est de même en ce qui concerne la transmission au légataire des créances de *l'alieni juris* contre les tiers ⁽¹³⁾. Or celles-ci font incontestablement partie de l'actif du pécule.

Lorsque l'*in potestate* était un *filius familias*, la dette qu'il contractait envers les tiers et qui constituait un élément passif de son pécule le frappait personnellement ; il devenait débiteur selon le droit civil ou prétorien et le créancier, au lieu d'intenter l'action *de peculio*, pouvait agir contre lui ⁽¹⁴⁾. Ce double jeu de l'obligation adjectice et de l'obligation personnelle du fils soulevait une question identique à celle tranchée par Julien au fr. 38 pr. D. 12-6 relativement aux obligations entre *subjecti*. Supposons que le fils, qui n'a pas reçu tout le pécule après le décès de son père ou même qui en est complètement privé, soit obligé, en raison de sa dette, de payer le créancier. Africain,

is, cui jussu patris dominive contraxit quique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut de in rem verso agere possit ». Cf. § 5 Inst. 4-7.

(12) V. *infra*, p. 208 suiv.

(13) V. *infra*, p. 206.

(14) Fr. 44 D. 15-1 (Ulpianus lib. 63 ad edictum) : « Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet dittores: filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio ».

Julien et Ulpien lui accordent un recours contre ses co-héritiers au moyen du *judicium familiæ erciscundæ* ⁽¹⁵⁾. On peut donc dire encore que les co-héritiers qui détiennent le pécule sont chargés des dettes qui en faisaient partie dans la mesure de la part du pécule leur revenant ⁽¹⁶⁾. Les dettes poursuivables *de peculio* apparaissaient donc comme étroitement attachées à l'actif du pécule.

II. — Les auteurs qui limitent aux dettes envers le maître le passif du pécule invoquent en ce sens le règlement spécial de ces dettes. En réalité, la règle : *pe-*

(15) V. pour Africain et Julien fr. 38 pr. D. 12-6. Nous citons la partie de ce texte relative à la question qui nous intéresse avec les rectifications fort plausibles que M. Beseler lui a faites récemment (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 58) : « < Nam et > [Idque maxime consequens esse ei sententiæ, quam Julianus probaret,] si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum familiæ erciscundæ < pro parte > recipaturum a < fratre coherede > [coheredibus] fuisse, quantum < vivo patre > [ab his] creditor actione de peculio consequi potuisset. [Igitur et si re integra familiæ erciscundæ agatur, ita peculium dividi æquum esse, ut ad quantitatem ejus indemnitas a coherede præstetur: porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.] (V. déjà sur la fin du texte Beseler Beiträge, t. 2, p. 108, 173; t. 3, p. 106; t. 4, p. 203 — entre autres indices d'interpolation on peut y relever l'omission du mot *judicium* devant *familiæ erciscundæ*. — Les passages « Idque... probaret » et « Igitur... præstandum » sont reconnus suspects par M. Lenel — Z. S. S. f. R., t. 51, 1931, p. 53, n. 1 et 2 — qui tend à les considérer comme des gloses).

Pour Ulpien, v. fr. 18, § 5, D. 10-2, que l'on doit peut-être également accepter avec les modifications que M. Beseler lui apporte dans son article de la Zeitschrift Savigny (I. c.) : « < Ille libro — scripsit, > Si filius familias patri heres pro parte extitisset et < cum > a creditoribus peculiaribus conveniretur, < totum quod debebat solvisset, quantum ejus quod solvit non plus fuisset eo quod in universo peculio fuit, tanti partes familiæ erciscundæ judicio a coheredibus servaturum > [cum paratus sit solvere id omne quod debetur, per doli exceptionem consequetur a creditoribus mandari sibi actiones: sed etiam familiæ erciscundæ judicium cum coheredibus habet.]

Au fr. 30, § 2, D. 15-1, Ulpien permet au *filius* de céder sa créance en recours contre ses cohéritiers. Mais ce texte est vraisemblablement interpolé ou glosé (cf. Beseler, Beiträge, t. 4, p. 275; Z. S. S. f. R., t. 46, 1926, p. 94; t. 50, 1930, p. 59).

(16) Cela est particulièrement bien mis en relief par Bekker, *op. cit.*, t. 2, p. 353.

culium est deducto quod domino debetur, règle déjà connue de Servius ⁽¹⁷⁾ et de Tubéron ⁽¹⁸⁾, témoigne d'une époque où le pécule ne comprenait aucune dette, pas plus celles déductibles que celles donnant lieu à l'action *de peculio* ou à la *tributio mercis*. Le pécule après l'édit fut tout d'abord traité comme une masse de *bona* et notre règle n'est qu'une application du principe : *bona non sunt nisi deducto ære alieno*.

Les jurisconsultes classiques conçoivent le pécule comme une universalité juridique. Le pécule, pour eux, a un passif qui comprend les dettes déductibles comme celles envers les tiers. Le maître n'est qu'un créancier privilégié; c'est ainsi que les jurisconsultes classiques parlent d'un *jus deductionis* ⁽¹⁹⁾, d'une *pre-rogativa* ⁽²⁰⁾ ou d'un *privilegium deductionis* ⁽²¹⁾. Ils paraissent d'ailleurs fort embarrassés pour justifier ce privilège du maître. Ils nous en donnent des explications diverses. Il n'est pas vraisemblable, dit Pedius, que le maître ait consenti à ce que l'esclave garde en pécule ce qu'il lui doit ⁽²²⁾. On cherche également, pour mieux justifier ce privilège, à assimiler le maître aux autres créanciers. Le maître, dit-on, est censé avoir agi le premier ⁽²³⁾; et, nous savons qu'en matière

(17) Fr. 9, §§ 2 et 3 D. 15-1.

(18) Fr. 5, § 4, D. 15-1.

(19) Julien au fr. 14, § 1, D. 15-1.

(20) Ulpian au fr. 11 D. 26-7.

(21) Ulpian et Labéon aux fr. 1 pr. et 5, § 7, D. 14-4 (Ulpian. *lib. 29 ad ed.*).

(22) Fr. 9, § 4, D. 15-1 (Ulpian. *lib. 29 ad ed.*) : « ...nam ut eleganter Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur ». (Selon M. Beseler, *Z. S. S. f. R.*, t. 50, 1930, p. 52, les mots : *est verisimile dominum* doivent être remplacés par : *videtur dominus*).

(23) Fr. 9, § 2, D. 15-1 : « *Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia prævenisse dominus et cum*

d'action de *peculio occupantis melior est conditio*. Ce sont là des explications de fortune destinées à justifier la déduction à une époque où le motif qui l'avait fait établir avait disparu ⁽²⁴⁾.

A la fin de la République, la déduction de *peculio* n'était pas un privilège accordé au maître, créancier du pécule en concurrence avec des tiers; elle découlait logiquement de la conception que l'on se faisait alors du pécule. Il serait étrange, en effet, que les jurisconsultes aient établi eux-mêmes ce *jus deductionis*, alors

servo suo egisse creditur ». La phrase *quia etc...* est considérée comme interpolée par MM. Siber (*Naturalis obligatio*, p. 25) et Beseler (*l. c.*), mais v. en sens contraire Pringsheim *Z. S. S. f. R.*, t. 46, 1926, p. 358.

L'explication fournie par Ulpien au § 2 du fr. 9 est donnée à nouveau par ce jurisconsulte aux paragraphes 4 et 5 de ce même fragment. Il faut, sans doute, écarter la partie du § 4 où nous retrouvons cette explication; v. les auteurs cités par l'*Index Interpolationum* et en outre Beseler, *Z. S. S. f. R.*, t. 50, 1930, p. 52. Au § 5, Ulpien nous dit que le créancier de l'esclave, devenu héritier du maître, peut déduire du pécule ce qui lui est dû alors même que l'esclave a été légué *per vindicationem* (les mots *per vindicationem* doivent être intercalés dans le texte d'Ulpien entre *et si* et *legatus sit*. V. en ce sens Lenel, *Palingenesia*, Julianus, n° 195, et Beseler, *l. c.*). Ulpien nous en donne cette raison : « ...nam quasi praevenierit et ipse secum egerit, sic deducet quod sibi debetur, licet nullo momento dominium in manumisso vel legato [pure] (Beseler, *l. c.*) habuerit, et ita Julianus libro duodecimo scribit ». M. Beseler supprime la phrase : *nam... habuerit*. Mais, l'explication qui y est présentée nous paraît nécessaire. En principe, seul le maître peut déduire ce qui lui est dû. Cependant, lorsque l'esclave a été légué *per vindicationem*, on permet à l'héritier poursuivi de *peculio* de déduire ce que l'esclave lui devait. Il eut été, en effet, injuste de le priver de ce droit, qu'il aurait eu si l'esclave n'avait pas été légué *per vindicationem*. Mais la solution pouvait sembler contraire aux règles de la déduction; Ulpien et Julien la justifient alors en invoquant le motif qui, à leur époque, expliquait le *privilegium deductionis* : l'héritier, qui a en mains le pécule, est censé s'être payé le premier.

(24) L'explication : *quia praevenisse dominus etc.* consiste en une fiction. Quant à l'explication de Pedius, elle est peu satisfaisante. En effet, tous les objets composant le pécule ne cessent pas d'en faire partie après la naissance de la dette (fr. 4, § 5, D. 15-1); or, il en serait autrement s'il y avait eu ademption, même simplement *nuda voluntate* (v. fr. 8 D. 15-1).

Au fr. 9, § 2, D. 15-1, l'explication *quia praevenisse etc.* émane d'Ulpien, non de Servius, comme on pourrait être, à première vue, tenté de le déduire du § 3, de ce fragment.

que l'édit *de peculio* ne parlait pas des dettes envers le maître. Il serait également surprenant que le préteur, dans l'édit sur l'action *de peculio*, ne se soit pas occupé des dettes envers le maître dont il s'occupait dans l'édit sur l'action *tributoria*, si la *deductio* n'avait pas été alors imposée par la nature même du pécule. Et précisément, dans ce second édit, le préteur en appelant le maître au partage de la *merx peculiaris* en concurrence avec les tiers créanciers semble implicitement admettre la déduction en matière non commerciale.

Après l'édit *de peculio*, la nécessité se fit sentir de définir le pécule. On se représenta celui-ci comme une masse de *bona*. Or, les *bona*, considérés en tant que formant l'ensemble ou une partie de la fortune d'une personne, n'existent que passif déduit (25). En appliquant cette conception au pécule on devait dire que celui-ci n'existait que déduction faite des dettes. Mais quelles dettes pouvaient être déduites? Pas celles envers les tiers. C'est, en effet, pour l'un des créanciers celui qui agit, que le pécule est évalué. Les seules dettes qui soient à déduire sont celles envers le maître. L'*alieni juris* pourvu d'un pécule et débiteur de son *paterfamilias* est censé avoir en mains une masse d'argent liquide, qui se décompose, si l'on veut, en *æs dominicum*, ce qu'il doit au *paterfamilias*, et en *æs peculiare*. C'est cet *æs peculiare*, l'actif passif déduit, qui

(25) V. *supra*, p. 104 suiv.

constitue le pécule, et fixe ainsi la mesure de la condamnation du maître en vertu de la clause édictale ⁽²⁶⁾.

Le maître seul est créancier du pécule et l'on ne peut parler d'un privilège en sa faveur. Il en sera autrement lorsque, le pécule étant traité comme une universalité susceptible de contenir des dettes, les tiers et le maître apparaîtront tous comme des créanciers du pécule : on devra alors nécessairement voir dans la déduction un privilège du *paterfamilias*. La transformation du pécule, masse de *bona*, en universalité juridique est réalisée déjà à l'époque de Labéon, puisque ce jurisconsulte parle d'un *privilegium deductionis* ⁽²⁷⁾.

(26) M. Gradenwitz explique par une évolution historique différente la déduction de *peculio* (v. Z. S. S. f. R., t. 27, 1906, p. 244). Primitivement, l'action de *peculio* n'aurait pu être intentée que lorsque le *paterfamilias* avait fait ademption du pécule et pour dédommager le créancier du préjudice qu'il subissait du fait qu'il ne pouvait plus être payé par l'esclave. Mais, le retrait du pécule étant légitime dans la mesure où la *paterfamilias* se payait lui-même, l'action ne pouvait porter que sur ce qui restait du pécule, déduction faite des dettes envers le *paterfamilias*. Par la suite, l'action de *peculio* aurait pu être intentée, le pécule existant. La déduction aurait été conservée malgré la disparition du motif qui l'avait fait établir. L'auteur oppose à l'action de *peculio* l'action *tributoria*, que l'on aurait pu, dès le début, intenter avant le retrait de la *merx peculiaris*. Cette ingénieuse théorie ne peut pas être admise. Il n'est ni prouvé ni vraisemblable que l'action de *peculio* n'ait pu tout d'abord être intentée qu'en cas de retrait du pécule. La différence de traitement des dettes envers le maître dans l'action de *peculio* et dans la *tributio mercis* ne suppose pas nécessairement l'exactitude de la théorie de M. Gradenwitz. A la différence du pécule civil, la *merx peculiaris* devait être le plus souvent constituée par des avances des tiers. Le préteur jugea équitable d'appeler le maître en concours avec les créanciers commerciaux.

(27) Fr. 5, § 7 D. 14-4.

TITRE II

L'HOMOGENEITE DU PECULE

Les éléments actifs et passifs du pécule, que nous venons de considérer, se fondent entre eux pour former, à l'intérieur du patrimoine du *paterfamilias*, un groupe homogène, indépendant des variations qu'il peut subir dans sa composition. Sous cet aspect, le pécule apparaît nettement comme une universalité de droits: il se distingue à la fois des ensembles non unifiés de biens ou de droits et des *corpora ex distantibus*. Toutefois, le pécule, lorsqu'il est l'objet d'un transfert en vertu d'un acte de disposition à titre particulier, semble tantôt perdre toute cohésion, tantôt obéir aux règles des *corpora ex distantibus*.

Nous considérerons successivement :

1° Le pécule en tant que formant un groupe homogène à l'intérieur du patrimoine du *paterfamilias*.

2° Le pécule en tant qu'entité abstraite indépendante des éléments qui la composent.

3° L'homogénéité du pécule dans les hypothèses où celui-ci fait l'objet d'un transfert, en vertu d'un acte de disposition à titre particulier.

§ I. — LE PÉCULE EN TANT QUE FORMANT UN GROUPE HOMOGENE A L'INTERIEUR DU PATRIMOINE DU « PATERFAMILIAS ».

Les *res peculiares* appartiennent au *paterfamilias* et sont comptées dans son patrimoine (1). Le pécule toutefois constitue une masse patrimoniale distincte. C'est ce qu'on exprime en disant que le patrimoine du *paterfamilias* et le pécule sont l'objet de comptes séparés. La *separatio a rationibus dominicis* est de l'essence du pécule. Elle est déjà soulignée dans la définition de Tubéron (2) : « *Peculium autem Tubero quidem sic definit..., quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet...* » (3).

Cette *separatio rationum* rend possibles des rapports entre le patrimoine direct du *paterfamilias* et le pécule, des transferts de valeurs de l'une à l'autre de ces masses. Ces rapports sont appréciés *ex causa civili*, c'est-à-dire conformément aux principes généraux du droit et comme s'ils étaient nés entre *patresfamilias* (4).

Dès l'époque de Servius on admet l'existence de créances et dettes entre le pécule et le patrimoine (5). Elles donnaient lieu au moment de l'estimation du pécule à déduction ou à imputation et elles pouvaient

(1) Nous reviendrons sur ce sujet dans la deuxième partie de cette étude.

(2) Fr. 5, § 4 D. 15-1.

(3) Cf. fr. 4 pr., § 6 D. 15-1; 37, § 1 D. 41-1.

(4) V. fr. 49, § 2 D. 15-1.

(5) V. le titre premier de ce chapitre.

être acquittées par des paiements effectifs de la part du *paterfamilias* ou de l'*in potestate* (6).

Des transferts de valeur entre le pécule et le patrimoine pouvaient avoir lieu à titre de donation : le *paterfamilias* donateur faisait concession et tradition d'une nouvelle *res* à l'*in potestate* (7); ou celui-ci prenait dans son pécule un objet qu'il donnait au *paterfamilias* (8). Des transferts de valeurs par tradition pouvaient également avoir lieu en vertu d'un pacte d'aliénation à titre onéreux (9).

Ajoutons que, lorsque le pécule et le patrimoine furent considérés comme des universalités comprenant les dettes, le pécule put avoir un passif propre. Il y avait, en effet, des dettes qui pouvaient seulement donner lieu à une action *de peculio*, qui, ainsi, ne frappaient pas toute la fortune du *paterfamilias*, mais seulement les biens du pécule.

Le pécule dès l'époque de Servius constitue à l'intérieur du patrimoine du *paterfamilias* une masse à certains égards distincte de ce patrimoine.

(6) V. deuxième partie, chapitre 3, paragraphe 4.

(7) Sur la concession v. chapitre suivant, titre 1.

(8) V. par exemple fr. 7 pr., D. 15-3.

(9) De même que, *jure civili*, aucune obligation ne pouvait naître entre membres d'une même *domus*, de même aucune vente n'était possible entre le *paterfamilias* et les personnes en sa puissance. Cependant, de même que les obligations, nulles *jure civili*, nées entre membres de la *domus* avaient pour effet d'accroître ou de diminuer la valeur du pécule, de même les aliénations avaient pour effet de donner à un objet ou de lui enlever le caractère de *res peculiaris*.

§ II. — LE PÉCULE EN TANT QU'ENTITÉ ABSTRAITE
INDÉPENDANTE DES ÉLÉMENTS QUI LA COMPOSENT

I. Modifications possibles du contenu du pécule. — Augmentations et diminution du pécule. — Subrogation réelle. — II. Survie du pécule à la perte de ses éléments actifs. — *Peculium in quo nihil est*. — Existence du pécule même en l'absence de tout élément actif ou passif.

Le pécule comme toute *universitas juris* est un *nomen juris*. Non seulement il garde son individualité malgré certains changements survenus dans sa composition, mais il subsiste, en outre, même en l'absence de tout élément actif ou passif.

I. — Le pécule, tout d'abord, peut indifféremment croître ou décroître; Papirius Fronto le comparait pour ce motif à un être humain (1).

La diminution du pécule peut être due à des causes diverses : à des causes naturelles comme la destruction ou l'usure des *res peculiares* (2), à une *ademptio* de la part du *paterfamilias* (3), enfin à un acte juridique accompli par l'*alieni juris* (4).

Des faits analogues peuvent inversement accroître

(1) Fr. 40 Pr. D. 15-1 (Marcianus, *lib. 5 Regularum*) : « *Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini* ».

(2) V. Fr. 40, § 1 D. 15-1; 3 D. 15-2.

(3) V. Fr. 4 pr. D. 15-1.

(4) Ainsi, par l'aliénation d'une *res peculiaris*, dans les conditions requises. Lorsque l'aliénation est à titre onéreux, la perte de valeur qui en résulte est compensée par l'acquisition du prix.

Enfin, comme dans la *computatio peculii* on déduit de la valeur du pécule ce qui est dû au *paterfamilias*, les jurisconsultes peuvent nous dire que le pécule diminue lorsque l'*alieni juris* devient débiteur de son *paterfamilias*. V. Fr. 4, § 3; 9, § 4 D. 15-1.

le pécule. Le *paterfamilias* peut faire de nouvelles concessions au *subjectus* (5) ; celui-ci peut acquérir de nouvelles *res* par accession, subrogation ou par son activité matérielle ou juridique.

Nous verrons que les acquisitions faites par l'*alieni juris* pouvaient aller à son pécule, même à l'insu du *paterfamilias*, et sans avoir lieu *ex re peculiari* (6). Nous devons considérer plus spécialement ici les cas d'accession et de subrogation réelle.

En principe, toute valeur produite par une *res peculiaris*, et constituant un développement normal de celle-ci, faisait de plein droit partie du pécule. Il en était ainsi des accessions proprement dites, et des fruits et produits des *res peculiares* (7).

Quant à la subrogation réelle, elle pouvait très facilement jouer en faveur du pécule. Elle se produit, en effet, chaque fois qu'une *res* affectée à un but déterminé est remplacée par une autre *res* susceptible de la même affectation. Or, le pécule était composé de droits et il avait pour but de tenir lieu de patrimoine aux *alieni juris*; n'importe quel droit patrimonial pouvait ainsi, sans inconvénient, remplacer un droit appartenant antérieurement au pécule.

La subrogation réelle jouait tout d'abord en cas de dommage matériel causé au pécule par des tiers ou même par d'autres *subjecti*. La créance civile en dommages et intérêts ou encore le montant de la déduction que le maître pouvait opérer à l'encontre du *sub-*

(5) Fr. 5 pr., D. 15-1.

(6) V. chapitre suivant.

(7) V. fr. 3 D. 15-2; 31 D. 18-1; 8, § 8 D. 33-8.

jectus coupable devenait un élément actif du pécule de la victime; il remplaçait la chose détruite ou volée, en général, la perte de valeur causée par l'acte délic-tueux.

La subrogation réelle était si naturelle dans ces hy-potheses que les juristes, lorsque l'auteur du délit est un tiers, passent ordinairement sous silence l'action réipersécutoire. Dans le cas spécialement considéré par eux de vol d'une *res peculiaris*, ils discutent uni-quement sur l'imputation au pécule de l'*actio furti* (8). Mais il allait de soi que l'action contractuelle ou la *condictio ex causa furtiva* profitait au *subjectus* (9).

Un exemple très net de subrogation réelle nous est encore donné par Paul (10) au cas d'impenses faites par le *filius familias* sur la dot reçue *injussu patris*. De même, lorsque le *subjectus* faisait une dépense dans l'intérêt du *paterfamilias*, il acquérait contre celui-ci une créance qui se substituait aux deniers payés (11). Enfin, l'attribution de plein droit au pécule des acqui-

(8) Voyez fr. 7, § 5 D. 15-1; 52, § 26 D. 47-2.

(9) L'attribution de l'*actio furti* au pécule n'était pas une conséquence de la subrogation réelle, puisque la somme obtenue par cette action n'était pas destinée à remplacer la valeur de la chose volée. Les Jurisconsultes devaient donc insister sur l'attribution au pécule de cette action et des actions purement pé-nales, tandis qu'il était bien évident que l'action réipersécutoire et notamment la *condictio ex causa furtiva* appartenait au pécule. Les jurisconsultes ne nous parlent pas de l'action réipersécutoire comme ils l'auraient fait si son attribution au pécule avait pu soulever un doute quelconque. Mais ils la sous-entendent. Ainsi, à l'occasion des délits entre *subjecti*, ils nous disent que le maître déduira du pécule des coupables non la peine, mais le simple du dommage. (Fr. 9 pr., D. 15-1; 9, § 1 D. 33-8). Au Fr. 9, § 1, D. 15-1, Pomponius et Neratius se servent d'une formule générale qui vise non seulement l'*actio furti*, mais, le cas échéant, la *condictio ex causa furtiva*.

(10) Fr. 25, D. 24-3.

(11) V. *infra*, p. 307 suiv.

sitions faites *ex re peculiari* est une application manifeste du principe de la subrogation réelle.

La subrogation s'effectue, que la substitution d'une *res* à une autre ait lieu indépendamment de la personne en puissance ou en raison d'un acte juridique accompli par elle. Dans ce dernier cas, toutefois, les juristes semblent exiger, non seulement la réunion des conditions nécessaires à la subrogation, mais encore l'intention chez l'*alieni juris* d'acquérir pour son pécule. Ainsi, relativement à l'acquisition possessoire et dans des hypothèses où il y a certainement subrogation réelle, ils parlent quelquefois de *peculii nomine adquirere*. L'intention de l'*alieni juris* avait une grande importance lorsque la subrogation réelle ne jouait pas. Dans ces hypothèses c'était cette volonté seule qui déterminait si l'acquisition devait revenir au pécule ou au patrimoine direct du *paterfamilias*. Par contre, dans les hypothèses dont nous nous occupons actuellement, l'intention de l'*alieni juris* passait au second plan. Elle jouait toutefois un certain rôle : elle pouvait paralyser la subrogation réelle ou en déranger les règles. Autrement dit, la subrogation réelle fonctionnait de plein droit, à moins qu'une volonté contraire, manifestée par la personne en puissance, ne vienne en empêcher le jeu normal.

II. — Les règles jusqu'à présent étudiées dans ce paragraphe ne sont pas spéciales aux *universitates juris*. Le *corpus ex distantibus* était lui aussi, dans une certaine mesure, non touché par les modifications de

son contenu ⁽¹²⁾. Mais il faut aller plus loin et admettre que le pécule, comme le patrimoine ou l'hérédité, pouvait exister en l'absence de tout élément constitutif ⁽¹³⁾.

Il est, à notre avis, certain et les auteurs en général semblent l'admettre, que le pécule ne disparaissait pas avec la perte de son actif.

Les jurisconsultes nous parlent, à différentes reprises, d'un *peculium in quo nihil est* ⁽¹⁴⁾. Que devons-nous entendre par là ?

Cette expression a deux sens possibles : elle peut désigner ou bien un pécule sans actif, ou bien un pécule comprenant un nombre plus ou moins grand de *res* mais couvert par les déductions du maître.

Les dettes envers le maître n'entraînaient pas immédiatement et nécessairement une diminution effective du pécule ⁽¹⁵⁾ ; il n'en était ainsi qu'en cas de transfert du pécule à des tiers ⁽¹⁶⁾. Le maître pouvait même, lors de la *computatio peculii*, déduire ses créances de la valeur estimée du pécule sans faire une ademption correspondante de *res peculiares* ⁽¹⁷⁾ : il conservait dans ce cas le droit d'opérer les mêmes déductions à

(12) Pourvu qu'il subsiste dans le *corpus* un nombre minimum d'objets.

(13) Cf. chapitre 1, paragraphe 1, numéro 4.

(14) V. fr. 5 (6), § 8 (6) D. 3-5 ; 20 pr. D. 4-3 ; 30 pr., 50 pr., D. 15-1 ; 5, § 2 D. 34-3 ; 7, § 15, D. 42-4 : v. encore aux fr. 1, pr. D. 15-3 et 11 D. 33-8 l'expression : *nihil habere in peculio*.

(15) Fr. 4, § 5 D. 15-1 (Pomponius *lib. 7 ad Sab.*) : « *Si ære alieno dominico exhauriatur peculium servi, res tamen in causa pecuiliaria manent : nam si aut servo donasset debitum dominus aut nomine servi alius domino intulisset, peculium suppletur nec est nova concessione domini opus* ».

(16) V. deuxième partie, chapitre 3, paragraphe 4, numéro 1.

(17) V. fr. 11, §§ 3, 4, 5, D. 15-1.

l'occasion de procès nouveaux ⁽¹⁸⁾ et les anciens objets du pécule demeuraient des éléments de celui-ci avec leurs chances de gain ou de perte ⁽¹⁹⁾. Le mot *peculium* désigne souvent dans les sources et notamment lorsqu'il s'agit de l'action *de peculio*, non le pécule proprement dit, mais sa valeur à l'égard des créanciers. En se plaçant à ce point de vue, les jurisconsultes disaient que ce qui était dû au maître ne faisait pas partie du pécule ⁽²⁰⁾. Ils pouvaient dire également, lorsque les déductions dépassaient l'actif du pécule, que celui-ci ne contenait rien, alors que l'*alieni juris* avait encore en mains des *res peculiares*. Il est d'autant plus facile de donner ce sens à l'expression *nihil esse in peculio* qu'elle apparaît le plus souvent dans des textes relatifs à l'exercice de l'action de *peculio* ⁽²¹⁾. Enfin, cette signification est seule admissible au fr. 1, § 2, D. 14-4 ⁽²²⁾.

Mais les jurisconsultes ne désignaient-ils jamais, par les mots : *peculium in quo nihil est*, un pécule privé de tout actif ?

Mandry ⁽²³⁾ se prononce formellement en ce sens et

(18) V. les textes cités à la note précédente.

(19) Fr. 11, § 4 et 5, D. 15-1.

(20) V. fr. 9, § 4 D. 15-1 (Ulp. lib. 29 *ad ed.*) : « ... nam ut eleganter Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur... » cf. fr. 4, § 3 D. 15-1 (*sed saepe fit, ut ignorante domino incipiat minui servi peculium*) et 11, § 7 D. 15-1.

(21) 5 (6), § 8 (6) D. 3-5; 30 pr. 50 pr. D. 15-1; 7, § 15 D. 42-4 cf. I pr. D. 15-3.

(22) Ulp. lib. 29 *ad ed.* : « *peculiarem autem mercem, non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, < at (Mom.) > ita demum, si sciente eo negociabitur* » cf. sur ce texte Beseler Beiträge, t. 4, p. 20, dont les corrections ne modifient pas la signification ici donnée à *nihil esse in peculio*, cf. fr. 5 (6), § 8 (6) D. 3-5..

(23) *Op. cit.*, t. 2, p. 16 suiv. et 163 suiv.; v. en sens contraire Karlowa R. R., t. 2, p. 1135.

invoque comme un argument décisif l'analogie du texte que nous venons de citer. Un raisonnement par analogie n'a en lui-même qu'une assez faible valeur ; ici, il conduit à des conclusions inexactes, car, nous le verrons, il résulte clairement de plusieurs textes que *nihil esse in peculio* avait parfois un sens différent de celui avec lequel il faut l'entendre au fr. 1, § 2, D. 14-4.

Mais, même abstraction faite de ces textes, sur lesquels nous reviendrons, la théorie de Mandry serait fort contestable. Aucun jurisconsulte, en effet, ne dit que le pécule disparaît avec la perte de son actif ; la règle eut été à signaler si elle avait existé (24).

Mandry fait encore valoir un second argument qui ne nous semble pas meilleur (25). Le pécule, à son avis, ne pouvait s'accroître sans concession que *ex re peculii* : la *res peculiaris* faisant défaut, l'*alieni juris* n'aurait pu ainsi acquérir aucune *res peculiaris* sans une nouvelle concession, c'est-à-dire avant la constitution d'un nouveau pécule. Nous verrons, au contraire, que les jurisconsultes admirent de fort bonne heure l'attribution de plein droit au pécule de certaines valeurs acquises par l'*alieni juris*, autrement que *ex re peculiari* (26).

L'hypothèse d'un *peculium in quo nihil est* est envisagée par les jurisconsultes principalement à l'occasion de l'action *de peculio*. Ils se demandaient si, dans ce cas, l'action pouvait être intentée. A cette question ils répondaient affirmativement, parce que le pécule

(24) L'objection a été faite par Karlowa (l. c.).

(25) V. p. 163 suiv.

(26) V. *infra* p. 254 suiv.

n'étant évalué qu'au moment de la sentence, de nouvelles valeurs pouvaient l'accroître entre temps (*quia esse potest* ⁽²⁷⁾).

Cette éventualité existait autant lorsque le pécule n'avait effectivement aucun actif que lorsque ce dernier était couvert par les déductions du *paterfamilias*. Aussi les jurisconsultes donnaient-ils le plus souvent à notre expression les deux significations qu'elle était susceptible d'avoir. Ils entendaient, par : *peculium in quo nihil est*, un pécule sur lequel les créanciers ne pouvaient pas momentanément être payés, que ce soit pour une raison ou une autre (absence d'actif, surabondance de dettes envers le *paterfamilias*). Mais, lorsqu'ils employaient cette expression avec une seule de ses significations, ils prenaient soin de le préciser ⁽²⁸⁾, à moins que cela aille de soi comme au fr. 1, § 2, D. 14-4. Le fr. 5, § 8, D. 3-5 confirme cette manière de voir. Labéon et Pomponius, d'après ce que nous en dit Julien ⁽²⁹⁾, se demandaient si le tiers, qui avait géré utilement les biens du pécule, avait contre le *paterfamilias* l'action de gestion d'affaires. Ils distinguent suivant les cas et ils décident que si le tiers a agi *contemplatione filii vel servi*, il n'a que l'action de *peculio*. Pomponius précise qu'il en est ainsi : « *etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur* ». Ici, « *nihil esse in peculio* » est

(27) Fr. 7, § 15 D. 42-4.

(28) Ainsi Pomponius au fr. 5, § 8 D. 3-5.

(29) Ce paragraphe est constitué par une partie d'une longue citation de Julien (livre 3 de ses *digesta*) faite par Ulpien au livre 10 *ad edictum*. La citation de Julien commence au fr. 5, § 2 et se termine à la fin du § 13. V. Lenel, *Palingenesia*, t. 2, p. 456.

bien synonyme de « *plus patri dominove deberi* ». Mais, si tel avait été le sens normal de l'expression, la précision *quoniam etc.* eut été parfaitement inutile. Au contraire, *nihil esse in peculio* pouvant viser l'absence d'actif du pécule, on aurait pu croire, en l'absence de précision, que la gestion d'affaires n'avait pas été utile ou que, en fait, l'enrichissement avait disparu. Pomponius voulait éviter toute équivoque. Il désirait souligner avec quelle rigueur il fallait entendre sa décision. Le créancier, veut-il nous dire, n'aura que l'action *de peculio*, même si le pécule s'est accru sous l'effet de la gestion et que, malgré cela, l'action *de peculio* soit pratiquement sans résultat en raison du droit de préférence du *paterfamilias* ⁽³⁰⁾.

Dans un autre texte, le fr. 38 pr. D. 15-1 ⁽³¹⁾, l'énoncé du cas concret et le motif de la décision nous montrent l'existence d'un pécule privé d'actif. Africain s'y exprime ainsi : « *Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio. Quamvis nihil patri filius debeat et hæc decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum præterea peculium sit : hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. Denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. Itaque ad exhibendum agere me et exhibitum vindicare debere* » ⁽³²⁾. Une somme d'argent a été remise à

(30) L'utilité de la précision *quoniam etc.* apparaît encore même si on maintient les mots : *et in patrem dandam actionem*... Sur ce texte : Bossowski, *Ancora sulla negotiorum gestio*, *Bullettino*, 1929, p. 206-207. M. Bossowski tient pour probablement glissés les mots : *hoc adjecto... in peculio*.

(31) *Africanus lib. 8 quæstionum*.

(32) V. sur ce texte : Cujas, *Opera Omnia*, t. I, p. 1453.

un fils de famille en dépôt régulier. Le fils en cause ne doit rien à son père mais il ne possède pas d'autres biens que la somme déposée. Le dépôt n'a fait acquérir au pécule aucun droit et les deniers demeurent la propriété du déposant. Le fils n'a donc en mains aucune *res peculiaris* et pourtant le contexte nous laisse clairement entendre qu'il a un pécule. S'il n'en avait pas été ainsi aurait-on songé à l'action *de peculio* ? Julien, et sans doute aussi Africain, suivaient la doctrine dominante au début de l'époque classique et aux termes de laquelle le pécule ne pouvait naître que *concedente domino*, mais pouvait s'accroître *ex re aliena* même à l'insu du maître. Si le fils n'avait eu aucun pécule, le créancier n'aurait pas pu être satisfait, alors même qu'il aurait été procédé à un dépôt irrégulier, transférant la propriété des deniers. Or, le seul motif pour lequel le créancier échouera ici c'est que la propriété des deniers n'a pas été transférée (*hanc enim pecuniam cum mea maneat non esse peculii*).

Le fr. 20 pr. D. 4-3 fournit enfin un nouvel argument contre la thèse de Mandry. Ici encore il est question d'un pécule existant sans actif. Un esclave débiteur insolvable de son maître emprunte une somme d'argent avec laquelle il s'acquitte. Labéon, dont Paul nous rapporte l'opinion, déclare que l'action *de peculio* est sans utilité « *cum in peculio nihil sit* » (33). L'esclave n'a en mains aucune *res peculiaris* : il ne possédait rien avant d'emprunter et il a donné à son maître les deniers empruntés et devenus *peculiares*. Cepen-

(33) Nous aurons à revenir plus loin sur ce texte (v. *infra* p. 621 suiv.).

dant, le pécule existe : c'est un pécule *in quo nihil est*.

L'existence d'un pécule sans actif était couramment admise à l'époque d'Ulpien et elle l'était également déjà par Labéon, Proculus et Pegasus comme on peut le déduire des fr. 20 pr. D. 4-3 et 30 pr. D. 15-1 (34).

(34) Fr. 30 pr. D. 15-1. Ulpianus lib. 29 ad edictum : « *Quæsitum est, an teneat actio de peculio, etiam si nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei judicatæ tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt : intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quæ sententia et a nobis probanda est* ». Les interpolations que l'on a cru découvrir dans ce texte ne concernent pas la phrase : « *Proculus etc.* », phrase qui seule importe pour nous (V. en faveur de la suppression de : *si modo... tempore* : Vassali Bull. ist. d. rom., t. 27, 1914, p. 265 n. 3 et Guarneri-Citati, Annali Perugia, t. 37, 1924 (1), p. 29; en faveur de la suppression de : *idem... fin.* : Vassali l. c.; Krüger Suppl.; Lenel, Edictum Perpetuum, p. 280; Kaser Z. S. S. f. R., t. 51, 1931, p. 97; en sens contraire : Herdlitzka, Z. S. S. f. R., t. 49, 1929, p. 294, qui retient seulement pour interpolée la phrase : *quæ etc.*, v. également : Pampaloni, Archivio Giuridico, t. 55, 1895, p. 509).

Selon Pernice, Labeo, t. I, p. 381, ce texte ne prouverait pas qu'à l'époque de Proculus le pécule ait déjà été considéré comme une *universitas iurium*. La fin du texte, remarque Pernice, montre que Proculus étend simplement à l'action *de peculio* la règle suivie en matière de revendication. Ce raisonnement n'est pas admissible, même si on ne considère pas comme interloquée la phrase : *Idem etc.* Les jurisconsultes ne nous disent pas que l'action *de peculio* peut être intentée alors que le pécule n'existe pas, mais qu'elle peut être intentée alors que le pécule existant, ne contient rien. Ils supposent ainsi l'existence du pécule indépendamment de tout élément actif.

Les Sabinien admettaient-ils eux aussi l'existence d'un *peculium in quo nihil est*, ou bien professaient-ils une opinion contraire à celle de leurs collègues proculiens ?

Les anciens Sabinien concevaient certainement le pécule comme une *universitas iurium*. Mais ils n'avaient pas à se demander, comme le fait Proculus, si l'action *de peculio* pouvait être intentée à un moment *quo in peculio nihil est*. Pour eux, le *paterfamilias* est obligé envers les tiers en raison d'un *jussus* indirect : la *concessio peculii*; le pécule n'est que la mesure de son obligation. Pour Proculus, au contraire, c'est l'existence même d'un actif de pécule (indépendamment de tout *jussus* direct ou indirect) qui fonde l'obligation du *paterfamilias*. Le jurisconsulte devait être assez naturellement amené à se demander si l'exercice de l'action *de peculio* ne supposait pas l'existence d'un actif de pécule. Le problème se posait également pour les jurisconsultes postérieurs, qui, eux, aussi, ne firent plus reposer sur un *jussus* indirect l'obligation adjectice du *paterfamilias*. (Sur ces différents points, v. *infra*, p. 652 suiv.).

Si le pécule peut exister sans actif, à plus forte raison peut-il exister sans passif et il s'ensuit logiquement qu'il demeure même en l'absence de tout élément constitutif (35). Comme le patrimoine, l'hérédité et en général les *universitates jurium*, il constitue donc une entité abstraite, un *juris nomen*.

§ III. — L'HOMOGÉNÉITÉ DU PÉCULE DANS LES HYPOTHÈSES OÙ IL EST L'OBJET D'UN TRANSFERT EN VERTU D'UN ACTE DE DISPOSITION A TITRE PARTICULIER.

I. Raisons qui expliquent pourquoi le pécule semble perdre le caractère d'universalité juridique dans les hypothèses où il est l'objet d'un transfert en vertu d'un acte de disposition à titre particulier. — II. Transmission de l'actif du pécule. — Impossibilité d'une transmission directe des créances. — III. Inexistence d'une *vindicatio generalis* permettant de réclamer le pécule dans son ensemble. — IV. Transmission du passif du pécule lorsque ce dernier est l'objet d'un acte de disposition à titre particulier. — A) Importance en cette matière de la façon dont on conçoit la responsabilité adjectice du *paterfamilias*. — B) Divergences de vues entre les jurisconsultes Sabinien et Proculien. — C) La transmission du passif en cas de legs. — Les opinions diverses de *Coelius Sabinus*, *Pegasus*, Julien. — Succès de la doctrine de *Pegasus*; cause de ce succès. — V. Survivance de règles anciennes formées à une époque où le pécule était un *corpus ex distantibus* : A) en cas de vente du pécule. — B) en cas de legs.

I. — Le pécule présente les caractères d'une *universitas jurium* tant qu'il demeure dans le patrimoine du *paterfamilias*. Comme le *corpus ex distantibus* et à la différence de tout ensemble de biens non doués d'unité, il forme un objet distinct de ses éléments constitutifs. En second lieu, il comprend un actif et un pas-

(35) Cf. fr. 11, D. 33-8.

sif, il est une *res incorporalis*, un *nomen juris*, à la différence du *corpus ex distantibus* et à l'exemple du patrimoine et de l'hérédité. Au contraire, lorsqu'il est l'objet d'un transfert en vertu d'un acte à titre particulier, il semble ne plus présenter ce caractère : tantôt il prend l'aspect d'un *corpus ex distantibus*, tantôt ses éléments se divisent comme s'ils n'avaient entre eux aucune cohésion. Les règles parfois surprenantes, et souvent peu compatibles entre elles, que nous verrons appliquées dans ces hypothèses sont, les unes les conséquences de principes généraux, les autres des survivances d'une ancienne conception du pécule.

Avant l'édit sur l'action *de peculio* et déjà au temps de Plaute, le pécule jouait un certain rôle économique. C'était parfois une masse importante de biens avec lesquels l'*alieni juris* trafiquait pour son propre compte (1). Le pécule pouvait ainsi avoir suffisamment de valeur pour mériter d'être l'objet d'actes comportant transmission à des tiers (vente et legs). On le considérait, en outre, comme la chose du *subjectus*, d'où vraisemblablement, dès cette époque, l'usage de le léguer (ou préléguer) à l'esclavage affranchi ou au fils et la coutume de le laisser à l'*alieni juris* après manumission ou émancipation. Le pécule n'avait pas pu dans ces conditions demeurer complètement en dehors du droit ; des règles s'étaient formées touchant son transfert aux tiers ou aux *subjecti sortis* de puissance. Quelles étaient ces règles ?

(1) V. *supra*, p. 67-68.

A l'époque classique, il n'est pas douteux que le pécule soit un ensemble de droits non de choses. C'est par une incorrection de langage que l'on présente comme en faisant partie des *res corporales* ; mais il n'a pu en être ainsi qu'après l'édit sur l'action de *peculio*. Le pécule ne comprenait, auparavant, que des *res corporales* au sens strict du mot, c'est-à-dire la chose elle-même non le droit sur la chose. Était-il une *universitas rerum* pouvant faire l'objet d'un acte unique, ou bien un ensemble de *res* sans cohésion ?

Si l'expression *corpus ex distantibus* comme l'aspect scientifique de la notion qu'elle désigne sont d'apparition relativement récente, les règles qui s'appliquent en cette matière appartiennent à un droit ancien (2). Le *grex* était un *corpus ex distantibus* (sans le nom) déjà à l'époque des actions de la loi. Enfin, si les classiques ont pu considérer comme des *corpora ex distantibus* des ensembles d'objets inanimés, cela était encore plus facile à une époque où les conceptions un peu étroites de la philosophie stoïcienne n'exerçaient encore aucune influence. L'ancien droit romain reconnu une unité à certains ensembles de *res corporales* à mesure que la nécessité s'en est fait sentir, autrement dit dès que ces ensembles sont devenus l'objet de transactions fréquentes. Le pécule, composé avant l'édit de *res corporales*, pouvait aisément être traité comme un objet unique à l'égal du *grex* et il le fut certainement à une époque; nous soulignerons plus loin les survivances de cette ancienne conception.

(2) V. *supra*, p. 87.

Lorsque le pécule se fut transformé en une *universitas jurium*, les principes généraux du droit romain s'opposèrent à ce qu'il fasse comme tel l'objet d'une transmission distincte de celle du patrimoine du *paterfamilias*. Nous savons que les droits dont une personne se trouvait investie ne pouvaient être transférés en bloc par un acte à titre particulier. Lorsque le pécule faisait l'objet d'un legs, d'une vente, d'un abandon à l'*alieni juris* sorti de puissance, il n'y avait pas davantage *successio in jus* qu'au cas de legs partiaire, de fideicommiss d'hérédité avant le Trebellien, de vente d'une hérédité ou de tout acte de disposition entre vifs sur un patrimoine ou une quote-part de celui-ci. Aussi est-il naturel que le pécule perde sa cohésion dans ces différentes hypothèses. Il ne garderait son unité que si au lieu d'être une *universitas jurium*, transmissible uniquement par une *successio in jus*, il était un *corpus ex distantibus*, car il ne constituerait alors qu'une seule *res corporalis* pouvant faire l'objet d'un acte unique à titre particulier et susceptible d'être réclamée par une seule et même *vindicatio*.

Le problème, à notre avis, ne se présente pas toutefois sous le même aspect relativement aux éléments actifs et passifs du pécule.

Nous verrons, en effet, que, si les principes généraux du droit romain s'opposèrent de tout temps à ce que les créances du pécule investissent de plein droit l'acquéreur, à partir d'une certaine époque et en suite d'une nouvelle conception de la dette du pécule aucun obstacle juridique ne vint plus gêner la transmission du passif.

II. — Le pécule, disons-nous, pouvait être transmis à des tiers ou au *subjectus* lui-même par vente, abandon *post manumissionem* ou *emancipationem*, enfin par legs.

Nous ignorons si la vente du pécule portait sur tous les éléments actifs de celui-ci (droits réels et créances) ou si elle ne s'appliquait, en principe, sauf convention contraire des partis, qu'aux *res corporales*.

Les sources contiennent de plus amples renseignements en ce qui concerne la donation à l'*alieni juris* affranchi ou émancipé du pécule et le legs de ce dernier.

C'est un principe bien établi à l'époque classique et, sans doute, fort ancien ⁽³⁾, que le pécule, non retiré au moment de l'affranchissement ou de l'émancipation, est censé donné au *subjectus* ⁽⁴⁾. La présomption de donation ne porte que sur les objets demeurés en la possession de l'esclave ou du fils.

Le *paterfamilias* reste investi des créances ⁽⁵⁾, à moins d'une cession régulière que l'*alieni juris* ne peut pas exiger ⁽⁶⁾. Il ne s'agit que d'une présomption de

(3) Sévère et Caracalla, auxquels la règle est attribuée (§ 20, Inst. 2, 20) n'ont fait, sans doute, que confirmer une ancienne coutume (v. en ce sens Pernice, Labeo, t. I, p. 148; Buckland, *op. cit.*, p. 189).

(4) Fg. Vat. 261; fr. 53 D. 15-1; 39 pr. D. 23-3 (texte interpolé depuis *ita res moderetur*, selon Mitteis, Z. S. S. f. R., t. 22, 1901, p. 132 suiv.); c. 3 C. 7-2; par. 20 In. 2, 20 (Dans l'hypothèse du fr. 39, § 4 D. 10-2, le pécule a vraisemblablement été retenu, v. Buckland, l. c.). Il n'en était ainsi qu'en cas d'affranchissement entre vifs, le pécule ne suivant l'esclave en cas d'affranchissement testamentaire, legs ou vente de celui-ci qu'en vertu d'une disposition expresse (Fg. Vat. 261; fr. 29 D. 18-1; 3 D. 21-2; 24 D. 33-8); sauf toutefois, en cas d'affranchissement testamentaire, lorsque la volonté du testateur de léguer une partie du pécule à l'affranchi apparaissait nettement (fr. 8, § 7, D. 33-8).

(5) Fr. 53 D. 15-1.

(6) Cf. Fr. 35 D. 29-5. V. Schirmer, Z. S. S. f. R., t. 12, p. 24 et Buckland, *op. cit.* p. 189.

donation et la règle suivie en cette matière n'a en elle-même rien de surprenant.

Au cas de *legatum peculii*, où il y avait moins à interpréter la volonté du testateur que le mot *peculium* employé par lui, la transmission était également incomplète. Le légataire devenait bien propriétaire des *res peculiares* (si le legs était *per vindicationem*), mais les créances investissaient encore l'héritier (7), avec cette différence toutefois que le légataire pouvait le contraindre à lui en faire cession (8) ou à lui remettre le paiement reçu des débiteurs du pécule (9). Il n'y avait en effet aucune forme de legs qui puisse assurer directement la transmission d'une universalité de droits.

Ainsi les éléments actifs du pécule légué se dissocient, les droits réels sont transmis directement, les droits personnels demeurent en principe dans l'hérédité. Les *res corporales* elles-mêmes devenues la propriété du légataire sont sans cohésion entre elles. Cela se manifeste dans la façon dont elles peuvent être réclamées par le légataire.

III. — Le légataire n'avait certainement pas, comme le croyait d'anciens auteurs, une *vindicatio generalis*, c'est-à-dire une action analogue à l'*hereditatis petitio* lui permettant de réclamer le pécule dans son ensemble comme universalité de droits (10). Cette doc-

(7) Fr. 53 D. 15-1; 5 D. 33-8.

(8) Fr. 19, § 1, D. 33-8; Cf. 23 pr. h. t.

(9) Fr. 5, D. 33-8.

(10) V. les auteurs cités par Mülhenbruch, *op. cit.* p. 328 suiv. et Flach : « De la Subrogation réelle » dans N. R. H., t. 15 (1869) p. 472.

trine définitivement repoussée par Mülhenbruch ⁽¹¹⁾ n'a plus de partisans actuellement. Le légataire du pécule n'est pas un *successor in jus* et il n'a pas un titre analogue à celui que l'héritier fait valoir dans l'*hereditatis petitio*. Le legs d'ailleurs, nous l'avons vu, n'a pas eu pour effet de lui transférer immédiatement tous les droits du pécule.

Pour réclamer les *res peculiares* dont il est propriétaire, le légataire n'a à sa disposition que la *rei vindicatio*. Et encore, n'a-t-il pas une *vindicatio* unique comme s'il réclamait un *corpus ex distantibus*. Il devra, au contraire, nous dit Julien ⁽¹²⁾, revendiquer spécialement chacune des choses qui lui sont léguées. La Glose en donnait cette raison que le pécule ne contenait pas que des *res corporales* mais également des *res incorporales* ⁽¹³⁾ et c'est bien, en effet, la différence de nature qui existe entre le *corpus ex distantibus* et le pécule qui justifie une semblable inégalité de traitement. Le pécule n'est pas une *res corporalis* mais une *res incorporalis*, un *nomen juris*. S'il ne peut être réclamé comme tel, il perd sa cohésion et ne forme plus qu'un ensemble de biens sans liaison. Mais cette absence de revendication unique était plus grave lorsqu'il s'agissait d'un pécule que lorsqu'il s'agissait d'ensembles non unifiés de choses comme le *suppellex* ou l'*argentum*. Les

(11) L. c.

(12) Fr. 56, D. 6-1.

(13) Glose *singulas* ad fr. 56 D. 6-1 : « *Quia peculium continet actiones et obligationes cum corporibus, grex autem sola corpora* ».

dettes de l'esclave envers son maître diminuaient, en effet, le montant du pécule légué. Lorsque le legs était *per vindicationem*, le légataire ne devenait propriétaire des *res peculiares* que déduction faite de la somme due au maître répartie sur chacune d'entre elles (14). Le légataire ne pouvait ainsi tenter relativement à chaque *res peculiaris*, qu'une *vindicatio incertæ partis* (15). Pour connaître le montant de la déduction il fallait apprécier dans chaque instance la valeur de tout le pécule. Pratiquement, on devait grouper en une même formule les *vindicationes* de chaque objet du pécule (16).

IV. — A. — L'absence d'une succession *in jus* rendait-elle impossible la transmission des dettes du pécule au cessionnaire de celui-ci ? Il en devrait être certainement ainsi si de telles dettes frappaient personnellement et directement le *paterfamilias*. Mais on comprend parfaitement que cet obstacle n'existerait plus si ces dettes étaient liées à la *res peculiaris* comme l'obligation *noxalis* par exemple l'était à la personne du *subjectus* coupable.

Dans l'édit du préteur et encore aux yeux des premiers jurisconsultes classiques, l'action *de peculio* apparaissait, nous le verrons, comme une sorte d'action *quod jussu*, le *jussus* consistant dans la *concessio peculii*. Vis-à-vis de cette action, le *paterfamilias*

(14) V. fr. 6 pr.; 8 pr. D. 33-8.

(15) Karlowa, *op. cit.*, t. 2, p. 1138.

(16) Cette façon de procéder n'était pas obligatoire comme le soutient Göppert, *op. cit.* p. 100 suiv.; contre l'opinion de Göppert v. Karlowa, *op. cit.*, t. 2, p. 1139.

était donc, à l'origine, personnellement tenu comme il l'aurait été en cas de *præpositio* ou de *jussus*, avec cette différence que son obligation était limitée et variable et qu'elle devait s'éteindre avec la perte non dolosive de la *res peculiaris* (17). Mais nous verrons également que les jurisconsultes admirent assez tôt une conception différente, vraisemblablement émise pour la première fois par Proculus. Ils abandonnèrent l'idée de *jussus* et ils accordèrent l'action de *peculio* pour toute dette contractuelle du *subjectus*, même pour celles nées avant la constitution du pécule (*ex ante gesto*) (18). Cette conception, qui, dans la doctrine de Proculus, faisait partie d'un système cohérent et logique où le pécule apparaissait comme un attribut de la personne en puissance (19), fut définitivement admise à une époque où les idées hardies de Proculus n'avaient pas encore complètement prévalu. Ce fut là une des conséquences de la formation de la notion d'obligation naturelle, laquelle donna une existence juridique aux obligations des esclaves, qu'elles soient ou non incorporées dans un pécule (20). Le *paterfamilias* n'étant dès lors tenu que d'une façon médiate, on pouvait plus facilement considérer l'obligation annale comme une charge attachée à la qualité de propriétaire du pécule. Et, il semble bien que l'école proculienne en arriva de bonne heure à cette idée, sans adopter d'ailleurs com-

(17) V. *infra*, p. 652 suiv.

(18) V. *infra*, p. 661 suiv.

pécule, v. *infra*, p. 235 suiv.; 296 suiv.; 470 suiv.; 529 suiv.; 659 suiv.

(20) V. *infra*, p. 624.

plètement en cette matière les conceptions de son chef Proculus (21).

On pourrait se demander si le préteur, modifiant un peu sa manière de voir dans l'édit sur l'*actio analis*, n'avait pas lui-même imposé la liquidation du pécule à tout propriétaire de celui-ci.

B. — Pour qu'un désaccord fut possible entre les jurisconsultes il fallait que les termes mêmes de l'édit aient pu donner lieu à des interprétations diverses. Et il semble bien qu'il en ait été ainsi. En effet, tandis que Proculus et Pegasus décident que l'esclave affranchi entre vifs pouvait être poursuivi dans la mesure du pécule qu'il retenait en raison de dettes contractées par lui pendant l'esclavage (22). Cælius Sabinus semble ne pas encore admettre la transmission de plein droit des dettes du pécule (23). Quels étaient donc les termes de l'édit ? Ils ne nous sont qu'incomplètement transmis dans un texte mutilé du jurisconsulte Ulpien (24). La reconstitution faite par

(21) A une époque où la notion d'*obligatio naturalis* était encore ignorée, on ne pouvait admettre l'exercice d'une action de *peculio* pour des dettes antérieures à toute concession qu'en supposant la préexistence du pécule comme entité abstraite auprès de tout *alieni juris* : cette conception défendue par Proculus n'a pas prévalu chez les jurisconsultes de son école. Mais ceux-ci pouvaient bien écarter l'idée de *jussus* à laquelle l'école sabinienne semble avoir été plus longtemps attachée et considérer les dettes contractées après la *concessio peculii* comme des charges légales attachées au pécule et frappant tout propriétaire de celui-ci en cette qualité.

(22) Fr. 17 D. 3-5 cf. Pernice Labeo, t. I, p. 152.

(23) Fr. 1, § 7 D. 15-2.

(24) Fr. 1 pr. D. 15-2 : « *Prætor ait; Post mortem ejus qui in alterius potestate fuerit, posteaquam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo ejus in cujus potestate est factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, judicium dabo* ». Comme le montre M. Lenel, Edit., t. I, p. 322, *Edictum Perpetuum*, p. 277, ce texte est à la fois incorrect et incomplet :

M. Lenel ⁽²⁵⁾ cependant apparaît certaine et nous devons supposer avec l'éminent romaniste que le préteur, après avoir énuméré les différents cas prévus au fr. 1 pr. D. 15-2, promettait une action *adversus eum penes quem peculium erit dolove malo ejus factum erit quominus esset*. Les anciens jurisconsultes et notamment les premiers Sabinien, exigeaient que celui *penes quem peculium erit* soit l'ancien maître ou un de ses successeurs, ce que l'on pouvait croire sous-entendu dans l'édit. Les Proculiens comprenaient au contraire l'édit comme accordant l'action contre tout possesseur du pécule quel qu'il soit.

Lorsque le pécule faisait l'objet d'une vente expresse, la question de la transmission des dettes ne se posait pas. Le prix reçu était subrogé à la *res peculiaris* de telle sorte que le pécule était censé demeurer entre les mains du vendeur ⁽²⁶⁾. La vente du pécule n'était pas comme celle d'une hérédité l'aliénation d'une universalité juridique, mais celle des *res peculiares*. On pouvait se demander par contre, lorsqu'un esclave était vendu *cum peculio*, si le prix reçu ne correspondait pas pour partie à la *res peculiaris*.

est est au lieu de *fuert* dans la proposition subordonnée : *in cujus potestate est*; le texte d'Ulpien ne mentionne pas, en outre, cette condition certainement visée par l'édit, que le pécule devait être auprès du défendeur. Les jurisconsultes, en effet, pour déterminer qui devait être poursuivi par l'action annale, recherchent auprès de qui se trouve le pécule; c'était là une prescription du préteur à laquelle ils devaient se soumettre.

(25) Lenel Palingenesia, t. 2, p. 603 (en notes); Edict. perp., p. 277, cf. Edit, t. 1, p. 322.

(26) V. ainsi Javolenus (*lib. 12 ex Cassio*) au fr. 33 D. 15-1 : « *Sed si quis servum ita vendidit, ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit* ».

Les jurisconsultes qui admettaient encore l'intransmissibilité (à défaut de succession) de la dette du pécule devaient sans doute se garder de soulever la question : ils déclaraient vraisemblablement l'ancien maître tenu, soit que le pécule fut censé demeurer auprès de lui, soit qu'il fut lui-même considéré comme empêchant dolosivement l'action du créancier (27). Le Proculien Neratius pouvait plus librement dissenter sur la clause de l'édit : « *adversus eum penes quem peculium erit* ». La possession des biens de l'ancien pécule par l'acquéreur justifiant à son avis l'exercice contre celui-ci de l'action annale, il pouvait plus équitablement juger auprès de qui se trouvait réellement le pécule. Il décide que lorsqu'un esclave est vendu *cum peculio* le vendeur n'est pas tenu « *neque enim*, dit-il, *hoc pretium servi, peculium est* » (28). Cette doctrine finit par prévaloir même chez les Sabinien. Javolenus énonce en ces termes une

(27) Les jurisconsultes qui n'admettaient pas la transmissibilité des dettes pouvaient fort bien considérer le maître coupable de *dol* vis-à-vis des créanciers lorsqu'il abandonnait le pécule au *subjectus* sorti de puissance (d'ailleurs, au moment de l'affranchissement, l'esclave s'engageait sans doute à prendre les dettes à sa charge; cf. Pernice Labeo, t. 1, p. 151). Bien entendu, si on admet que la dette suit le pécule, l'abandon de celui-ci à l'affranchi ne constitue pas un acte dolosif et il faut accorder l'action contre l'affranchi comme le font Proculus et Pegasus au fr. 17, D. 3-5.

(28) Fr. 32, § 2 D. 15-1 (Ulpian, *lib. 2 Disp.*) : « *Venditor servi si cum peculio servum vendidit et tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio convenietur : neque enim hoc pretium servi peculium est, ut Neratius scripsit* ». M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930) p. 62) pense qu'Ulpien avait écrit : « *Venditor servi si cum peculio servum vendidit, quamvis tradiderit peculium, intra annum recte de peculio convenietur : penes eum enim videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit, et ita Neratius scripsit* ». Mais cette reconstitution est arbitraire. Nous supprimons seulement : *et tradiderit peculium*. La phrase : *neque enim hoc pretium servi peculium est* ne mérite pas la qualification de jargon (« Kauderwelsch ») que lui donne M. Beseler.

limite à la règle énoncée par Neratius, limite certainement sous-entendue par Neratius lui-même (fr. 33 D. 15-1, Javolenus *lib. 12 ex Cassio*) : « *Sed si quis servum ita vendidit, ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videatur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit* » (29). Nous avons toute raison de penser que Cassius (30) admettait encore l'ancienne conception de l'obligation adjectice. Javolenus abandonnait alors la doctrine de son prédécesseur pour déclarer l'acquéreur tenu sauf dans le cas où un prix était spécialement stipulé pour le pécule. Ulpien

(29) Selon M. Solazzi, Bull., t. 17, p. 218 suiv., il y aurait eu une certaine divergence d'opinions entre Neratius et Javolenus : le premier refusant l'action contre le vendeur, si *servum cum peculio vendidit*, l'autre recherchant au contraire si un prix n'avait pas été payé pour le pécule. Le désaccord nous semble plus apparent que réel. Dans l'hypothèse envisagée par Neratius au fr. 32, § 2 h. t. il est bien évident qu'aucun prix spécial n'a été payé pour le pécule, sinon le jurisconsulte n'aurait pas eu à se demander si le prix ne correspondait pas pour partie au pécule et il n'aurait pas pu répondre : *neque hoc pretium servi peculium est*. Au fr. 33, par contre, un prix a été stipulé ou convenu pour le pécule. Cela ressort clairement du texte : « *sed si quis ita vendidit ut pretium pro peculio acciperet...* » Il va de soi que la raison pour laquelle Neratius refuse l'action contre le vendeur n'existe plus si un prix est expressément stipulé pour le pécule. Remarquons enfin qu'Ulpien qui admet certainement la distinction de Javolenus (cf. fr. 11, § 7 h. t.) semble faire sienne l'opinion de Neratius au fr. 32, § 2 h. t.

Les deux décisions de Neratius et de Javolenus se complètent l'une l'autre. Elles se comprennent parfaitement bien. Les maîtres devaient très rarement aliéner des esclaves doués d'un important pécule qu'ils avaient comblés de leurs faveurs ou bien qu'ils laissaient libres de commercer pour leur compte (moyennant une redevance). Ceux qu'ils vendaient étaient des esclaves de second ordre qui n'avaient pu se constituer par leur privation qu'un modeste pécule. Ils les vendaient *cum peculio*, car le retrait du pécule eût été considéré comme une injustice. Mais ce faible pécule constituait en quelque sorte le bon poids; il ne méritait pas qu'on en tienne compte dans la fixation du prix. Au contraire, lorsque par hasard la vente *cum peculio* portait sur un esclave muni d'un riche pécule, le vendeur faisait valoir cette masse importante de biens et exigeait pour elle un prix spécial.

(30) Cf. *infra*, p. 304.

adopte certainement cette façon de voir ⁽³¹⁾. Quant à Julien, rien n'autorise à supposer qu'il professait en cette matière une opinion diverse ; c'est à tort qu'on l'a parfois soutenu ⁽³²⁾.

Comme le montre M. Solazzi on ne peut rien déduire en ce sens des fragments 11, § 7, et 27, § 2, D. 15-1. Dans le cas envisagé au fr. 11, § 7, l'esclave est sans doute vendu *cum peculio*, mais le texte ne nous dit en aucune façon si Julien faisait ou non la distinction de Javolenus. Au fr. 27, § 2 et 3, Gaius et Julien nous apprennent que le créancier a deux actions, l'*actio annalis* contre le vendeur, l'*actio de peculio* contre l'acquéreur, mais sans préciser à quelles conditions se trouve soumise l'*actio annalis*.

C. — Lorsque le pécule était l'objet d'un legs, la transmission de son passif n'était assurée, du moins dans la doctrine qui prévalut, que d'une façon indirecte. On peut à bon droit s'en étonner, car aucun motif juridique ne justifie une différence de traitement dans les cas de vente et de legs.

(31) En effet, Ulpien qui adopte la décision de Neratius, envisage au fr. 11, § 7 D. 15-1 l'hypothèse, où, l'esclave étant vendu *cum peculio*, une action est intentée contre le vendeur. V. en ce sens Solazzi, Bull., t. 17, p. 219 et Keller, Commentatio, p. 110. Il est plus difficile de déduire l'opinion de Pomponius du fr. 34 D. 15-1 arbitrairement découpé par les compilateurs et joint au fr. 33. Dans la compilation le texte de Pomponius complète celui de Javolenus. Javolenus nous dit (fr. 33) : *sed si quis servum ita vendidit ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit* », Pomponius ajoute (fr. 34) : *non penes quem res peculiaris sit*.

(32) Selon Bekker (Z. f. H., t. 4, p. 511), Keller (Com., p. 111) et M. Naber (Mnémosyne, t. 37, p. 282), Julien aurait déclaré le vendeur passible de l'*actio annalis* dans tous les cas. Contre cette interprétation v. Mandry, *Peculium duplicis juris* dans Z. f. R., t. 8, p. 404; Solazzi, Bull., t. 17, p. 220.

Quelles furent en cette matière les solutions proposées par les Jurisconsultes ?

Selon Cælius Sabinus l'action *de peculio annalis* devait être intentée, non contre le légataire, mais contre l'héritier. Le jurisconsulte en donnait cette raison : « *quia peculium penes eum sit, qui tradendo id legatario se liberavit* » (33). Javolenus et Julien (34), au contraire, déchargeaient l'héritier de toute obligation et permettaient aux créanciers d'agir contre les légataires. Une troisième solution, proposée par Pegasus, obtint les suffrages des jurisconsultes postérieurs. C'est, dit Pegasus (35), l'héritier qui est tenu,

(33) Fr. 1, § 7 D. 15-2, d'après Ulpien. Cette opinion est attribuée dans le texte à Caecilius, mais il s'agit en réalité de C. Sabinus. V. en ce sens Lenel Pal., t. 1, p. 35, n. 3, C. Sabinus, n° 11; Karlowa, R. R., t. 1, p. 712; Bremer (cité par M. Solazzi), et Solazzi, Bull., t. 17, p. 221, n. 2.

(34) Julien, fr. 1, § 10, D. 33-4 d'après Ulpien (*lib. 19 ad Sabinum*) : « ... *et differentiam facit inter eum, cui dos relegata est, et orcinum libertum, cui peculium legatum est : namque eum de peculio posse conveniri ait, heredem non posse, quia peculium desit penes se habere* ». M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 61) corrige ainsi cette partie du fragment : « *<non idem juris esse in orcinio liberto> [et differentiam... orcinum libertum], cui peculium <per vindicationem> legatum est : namque eum de peculio posse conveniri ait, heredem non posse, quia peculium <neque penes se habeat neque dolo desierit> [desit] penes se habere* ». La substitution des mots « *non idem etc.* » à « *et differentiam etc.* » est heureuse. Par contre, la rectification apportée à la dernière phrase ne se justifie que si on introduit avec M. Beseler les mots *per vindicationem* devant *legatum est*; or l'insertion de ces mots est inadmissible (v. *infra*, note 40).

Javolenus *lib. 12 ex Cassio* fr. 35 D. 15-1 : « *At cum heres jussus est peculium dare accepta certa summa, non videtur penes heredem esse peculium* ». Javolenus estime que dans cette hypothèse la somme remise à l'héritier ne correspond pas au pécule parce qu'elle est remise *conditionis implendae causa* (cf. Solazzi, loc. cit., p. 221, n. 2). En déclarant que le pécule n'est pas *penes heredem*, le jurisconsulte laisse clairement entendre que l'action doit être dirigée contre le légataire. Le fr. 17, D. 33-8 de Javolenus n'est pas contraire (« *qui peculium servi legaverat, judicium eo nomine acciperat, deinde decesserat. Placuit non aliter peculium ex causa legati praestari, quam si de accepto judicio heredi caveretur* ». L'action a déjà été intentée contre le défunt et il y a eu *litis contestatio* avec lui; la procédure ne peut suivre que contre son successeur (en ce sens Solazzi, l. c.).

(35) Fr. 1, § 7, D. 15-2.

mais il peut, au moment de la délivrance du legs, exiger caution du légataire. Ulpien semble faire sienne cette opinion qu'il énonce après celle de C. Sabinus au fr. 1, § 7, D. 15-2. Quant à Marcien ⁽³⁶⁾, il l'adopte formellement et la question ne semble plus débattue à son époque ⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾.

Comment expliquer ces hésitations de la jurisprudence romaine et le succès de la doctrine de Pegasus ?

La décision de Sabinus, avouons-le, est peu équitable et la raison invoquée par le jurisconsulte sans grande valeur. Sabinus concevait sans doute la dette du pécule comme une obligation personnelle du *paterfamilias*, ne pouvant se transmettre qu'à l'héritier. Or, l'édit prescrivait que l'ancien maître n'était tenu que si le pécule était auprès de lui. La *clausula*

(36) Fr. 18 D. 33-8, Marcianus *lib. 6 Institutionum*. « *Si servo manumisso peculium legatum fuerit, in eum sine dubio creditoribus peculiariis actiones non competunt : sed non alias heres peculium præstare debet, nisi ei caveatur defensu iri adversus creditores peculiosos* ».

Selon M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930) p. 61) ce texte devrait être lu ainsi : « *Si servo manumisso peculium <per damnationem> legatum fuerit, [—] non alias heres peculium præstare debet, nisi ei caveatur <eum> defensu iri adversus creditores <intra annum de peculio agentes> [peculiosos]* ». Pour des raisons que nous indiquerons plus loin (v. *infra*, note 40) l'insertion des mots *per damnationem* ne peut pas être admise. Nous repoussons également les autres retouches apportées à ce texte par M. Beseler. *Intra annum* est inutile : il est bien évident qu'il ne peut être ici question que de l'action *annalis de peculio*. Les mots « *In eum... sed* » doivent être conservés. Avant d'énoncer la règle « *non alias etc.* », Marcien devait nous faire connaître cette autre règle qui en est la raison « *In eum etc.* ». Les mots *sine dubio* font allusion à la controverse signalée par Ulpien (fr. 1, § 7 D. 15-2), controverse définitivement éteinte à l'époque de Marcien.

(37) En ce sens Solazzi, l. c.

(38) La discussion rapportée par Ulpien au fr. 1, § 7 D. 15-2 présente une certaine analogie avec celle rapportée par ce même jurisconsulte au fr. 9, § 2 D. 14-4 (cf. Pernice Labeo, t. 1, p. 151 suiv.).

doli ne pouvant pas jouer ici, il fallait nécessairement, sous peine de renvoyer le créancier les mains vides, établir que le pécule était *penes heredem*. Sabinus se demande alors si, en cas de legs, on ne pourrait pas trouver un équivalent au pécule comme on en trouvait un en cas de vente dans le prix reçu. L'héritier, pense-t-il, retire un avantage correspondant au pécule en délivrant le legs, car il se libère en ce faisant de l'obligation qui pesait sur lui de payer la valeur du pécule ou de livrer les *res peculiares*. C'est à défaut d'une meilleure raison que C. Sabinus nous donne celle-ci.

Javolenus et Julien qui admettent la transmissibilité des dettes du pécule peuvent, de même que Neratius en cas de vente d'un *servus cum peculio*, décider d'une façon raisonnable *penes quem est peculium*. La réponse qu'ils nous donnent satisfait aussi bien à la logique qu'à l'équité : le pécule est auprès du légataire non auprès de l'héritier, c'est donc le légataire, et lui seul, qui doit être poursuivi.

Mais il est surprenant que le proculien Pegasus suive une doctrine inverse. En effet, n'admettait-il pas dans d'autres hypothèses la transmission immédiate des dettes du pécule ? Sa décision n'est certes pas injuste et le juriste reconnaît bien que le pécule est *penes legatarium* puisqu'en définitive c'est à celui-ci qu'il fait supporter la charge des dettes. S'il accorde l'action contre l'héritier, c'est tout simplement, à notre avis, pour une raison d'opportunité. C'est bien, en effet, un motif de cette nature qui justifie sa décision dans le texte d'Ulpien (fr. 1, § 7, cité :

« *quia ad eum veniunt creditores* » ⁽³⁹⁾. Il est en effet plus naturel que les créanciers s'adressent à l'héritier, qui occupe la place du défunt et qui en général doit payer pour celui-ci, qu'au légataire. L'héritier d'ailleurs est connu d'eux, le légataire plus difficile à découvrir. Cette solution a prévalu parce qu'elle était plus opportune que celle de Julien, non parce que cette dernière se heurtait à des principes juridiques ⁽⁴⁰⁾.

(39) Ces mots sont, à tort, effacés par M. Levy, Z. S. S. f. R., t. 37 (1916), p. 58, n. 5.

(40) Karlowa, R. R., t. 2, p. 1151, donne aux textes que nous venons d'étudier une interprétation fort différente de la nôtre. A son avis, la question de la transmissibilité des dettes n'était débattue par les jurisconsultes que relativement au legs *per damnationem* du pécule. Lorsque le pécule était légué *per vindicationem*, la propriété des *res peculiares* passant immédiatement au légataire, celui-ci seul aurait été tenu. Au contraire, au cas de legs *per damnationem*, tandis que Caecilius (C. Sabinus) et Julien auraient déclaré l'héritier tenu jusqu'au moment de la délivrance du legs, Pegasus, Ulpien et Marcien l'auraient déclaré toujours tenu même après ce moment, mais l'auraient autorisé à exiger caution du légataire. Les jurisconsultes, en réalité, ne nous indiquent pas de quelle forme de legs ils entendent parler et il est arbitraire de sous-entendre la forme *per damnationem*, alors que, le plus souvent, le pécule n'était pas légué ainsi. En tout cas, l'interprétation que Karlowa donne à l'opinion de C. Sabinus est manifestement inexacte. Le jurisconsulte ne nous dit pas que l'héritier est tenu jusqu'à ce qu'il se libère en livrant le pécule, mais qu'il est tenu parce que le pécule est censé auprès de lui, par le fait qu'il a retiré un avantage en se libérant de l'obligation qui lui incombait de livrer le pécule (*se liberavit*). C. Sabinus permet l'action contre l'héritier à un moment où celui-ci n'est pas propriétaire de la *res peculiaris*, quelle que soit la forme du legs. La raison invoquée par le jurisconsulte a la même valeur, que le legs soit *per damnationem* ou *per vindicationem*, car dans les deux cas l'héritier doit livrer le pécule qu'il détient.

M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 60 suiv.) admet lui aussi une distinction suivant que le pécule est légué *per vindicationem* ou *per damnationem*, comme on peut s'en rendre compte par les corrections qu'il fait à plusieurs textes. Pour M. Beseler, le légataire seul était passible de l'*actio annalis* lorsque le pécule était légué *per vindicationem*; en cas de legs *per damnationem* c'était l'héritier qui devait être poursuivi mais il pouvait se faire donner caution par le légataire. L'auteur, après avoir déclaré que le fr. 1, §§ 5, 6, 7, D. 15-2 était un « *unerträglicher Text* », essaye de reconstruire ainsi le paragraphe 7 : « *Si servo per testamentum manumisso peculium per vindicationem legatum sit, ille scribit in heredem actionem dari non debere, in manumissum vero intra annum de peculio actionem dandam esse. Peculio, per damnationem legato et ei cui legatum est tradito*

V. — Si le pécule perdait à certains égards son homogénéité lorsqu'il faisait l'objet d'un transfert à titre particulier, à d'autres égards, et dans ces mêmes

an heres tenetur, quæstionis fuit. Et ille ait et mihi verius videtur teneri eum, quia peculium penes eum esse videtur, qui tradendo id legatario obligatione se liberavit. Pegasus autem caveri heredi debere ait ab eo, cui peculium legatum sit, heredem adversus peculiares creditores defensum iri ». M. Beseler, nous l'avons dit, introduit au fr. 1, § 10, D. 33-4 les mots « *per vindicationem* » entre « *cui peculium* » et « *legatum est* », au fr. 18 D. 33-8 les mots *per damnationem* devant *legatum fuerit*. L'auteur corrige encore de la manière suivante le fr. 9, § 2, D. 14-4 : « *Si servo testamento manumisso peculium < per vindicationem > legatum sit, < heredem hac formula non teneri Labeo ait, quia neque ad eum pervenit peculium neque dolo fecerit quo minus perveniret : idem>* [—] *Pomponius libro sexagesimo scripsit < : > [—] quæ sententia non est sine ratione* ».

Mais ces diverses retouches ne sont-elles pas arbitraires ? La théorie de M. Beseler est-elle fondée ?

Cette théorie, qui a le défaut de ne pas donner la raison d'être de la controverse attestée par Ulpien au fr. 1, § 7, D. 15-2, est encore moins acceptable que celle de Karlowa. De deux choses l'une, ou la dette est transmissible en dehors de toute succession *in jus* ou elle ne peut directement frapper que l'héritier.

Si les dettes du pécule ne peuvent être transmises directement qu'au successeur *in locum et in jus* du défunt, il n'est pas davantage possible de poursuivre le légataire lorsque le legs est *per vindicationem* que lorsqu'il est *per damnationem*. Si, au contraire, l'*actio annalis* peut être dirigée contre le cessionnaire à titre particulier du pécule, elle peut être intentée, non seulement contre le légataire gratifié *per vindicationem*, mais encore contre celui qui a reçu livraison du pécule légué *per damnationem* : juridiquement, l'exercice de l'action contre l'héritier ne se justifie pas, car le pécule n'est pas ou n'est plus *penes eum*. L'explication *penes heredem esse peculium qui tradendo id legatario se liberavit* est un trompe l'œil. Elle ne pouvait être présentée faute de mieux que par des jurisconsultes qui voyaient une impossibilité juridique à la transmission des dettes à un cessionnaire à titre particulier. Cette explication, d'ailleurs, vaut autant en cas de legs *per vindicationem* que de legs *per damnationem*. L'héritier n'était-il pas tenu sous peine de poursuites de remettre le pécule légué *per vindicationem* ? — M. Beseler dans sa reconstruction du fr. 1, § 7, D. 15-2 laisse adopter par Ulpien le mauvais argument de C. Sabinus, cela n'est pas vraisemblable. Ulpien permet au créancier d'agir contre l'acquéreur du *servus cum peculio*, qui n'a pas payé un prix spécial pour le pécule ; or, le vendeur n'était-il pas tenu de livrer le pécule en raison du contrat de vente ? Pourquoi Ulpien ne nous dirait-il pas que l'*actio annalis* ne peut être intentée que contre le vendeur, qui s'est libéré en livrant le pécule ?

Nous devons encore signaler la théorie soutenue par Pernice (Labeo, t. 1, p. 151 suiv.). Selon Pernice, les anciens jurisconsultes auraient admis la transmission directe du passif à l'esclave légataire ; cette doctrine aurait été abandonnée sous l'influence de la notion d'*obligatio naturalis* et on en serait venu à cette idée que l'héritier commettait un dol en livrant le pécule sans retenir le

hypothèses, il apparaissait encore comme une unité. Labéon et Paul nous apprennent ainsi que, si un pécule était vendu sans que l'on en ait précisé le contenu, l'éviction d'un vicaire de ce pécule n'engageait pas la responsabilité du vendeur ⁽⁴¹⁾. Cette décision implique nécessairement, dans l'esprit des jurisconsultes qui l'ont rendue, cette idée que la vente en question ne porte pas sur les *res peculiares* mais sur le pécule lui-même comme objet distinct. Sans doute, on pouvait vendre en bloc un certain nombre de *res* ne formant pas entre elles une chose collective ou une universalité et dans ce cas il n'y avait bien

montant des dettes ou se faire donner caution. On saisit tout d'abord difficilement le rapport qui peut exister entre la formation tardive de la notion d'*obligatio naturalis* et l'évolution décrite par Pernice. En second lieu, le principal texte sur lequel Pernice appuie sa théorie, le fr. 9, § 2, D. 14-4, est d'une part, étranger à la matière qui nous occupe — il y est en effet question de l'action *tributoria* qui supposait un acte dolosif du maître (v. Solazzi, Bull., t. 17, p. 221, n. 2); il porte, d'autre part, des traces évidentes d'interpolation (v. Index Interp. ad h. l. et Beseler l. c.; outre les indices signalés déjà on peut relever, dans la citation de Labéon, cette expression byzantine : *tributoria teneri*) et on ne peut pas le reconstituer avec certitude dans sa teneur primitive (la reconstitution de M. Beseler est arbitraire).

(41) Fr. 5 D. 21-2 (Paulus lib. 32 ad ed.): « *Servi venditor peculium accessurum dixit. Si vicarius evictus sit, nihil præstatum venditorem Labeo ait, quia sive non fuit in peculio, non accesserit, sive fuerit, injuriam a iudice emptor passus est: aliter atque si nominatim servum accedere dixisset: tunc enim præstare deberet in peculio eum esse* ». Pernice (Labéon, t. 1, p. 382) pense que Labéon en rendant cette décision ne s'était pas laissé inspirer par le caractère d'universalité du pécule, ce dernier n'étant encore à l'époque de Labéon qu'un ensemble de *res corporales* sans cohésion. La solution, nous dit Pernice, est exacte, mais le raisonnement de Labéon est insuffisant et repose sur un sophisme. Le sophisme, ajoute-t-il, consiste dans les mots : *injuriam a iudice passus est*, alors qu'il n'est accordé aucun recours contre cette injustice. L'argument est trop subtil, ce qu'il importe de remarquer c'est la règle énoncée par les jurisconsultes. Cette règle suivie également en cas d'aliénation d'un *corpus ex distantibus* (v. fr. 35, §§ 5 et 6, D. 18-1) ne s'explique que si on considère le pécule comme un objet unique. En cas de vente d'un ensemble d'objets sans cohésion, non seulement le vendeur est tenu pour l'éviction d'un des objets vendus, mais cette éviction rejailait sur toute la vente.

qu'une seule vente ⁽⁴²⁾. Mais l'éviction d'une de ces *res* rejaillissait sur toute la vente parce que, d'une part, chaque *res* avait été vendue et parce que, d'autre part, il y avait *una venditio* pour toutes ⁽⁴³⁾.

Le vente d'un *corpus ex distantibus* ou d'une *universitas* ne portait au contraire que sur le *corpus* ou l'*universitas*, non sur leurs éléments composants ⁽⁴⁴⁾. La règle suivie dans notre texte pouvait jouer, que l'on considère le pécule comme une chose collective ou comme une universalité de droits. Il se peut fort bien que cette règle soit très ancienne et formée avant l'édit à un moment où le pécule était encore un *corpus ex distantibus*. Nous avons d'ailleurs indiqué déjà, qu'au milieu de l'époque classique encore, la vente du pécule était plus l'aliénation d'un ensemble de *res*, peut-être de *res corporales*, que celles d'une *universitas iurium*.

Nous trouvons, en cas de legs du pécule, des survivances plus choquantes, mais aussi plus manifestes de cette ancienne conception.

Quelles étaient les principales caractéristiques du *legatum peculii* ?

Ce legs était, nous disent les sources, « *unum legatum* », c'est-à-dire un seul legs que le bénéficiaire devait accepter ou refuser dans sa totalité ⁽⁴⁵⁾. Cela ne découle pas nécessairement comme on l'a parfois

(42) V. fr. 34 pr. D. 21-1; 29 pr. 86 D. 45-1.

(43) V. fr. 34 pr. D. 21-1.

(44) M. Bonfante, Corso, t. 2 (1), p. 126, semble ne pas avoir aperçu cette différence entre l'aliénation d'un *corpus ex distantibus* ou d'une *universitas* et celle d'un ensemble de *res* sans cohésion.

(45) V. fr. 2 et 6 D. 31.

soutenu ⁽⁴⁶⁾, du caractère d'universalité du pécule, car une décision identique était rendue par les juristes relativement à des ensembles de biens non doués d'unité ⁽⁴⁷⁾ et on peut considérer cette règle comme interprétative de la volonté du testateur.

Les sources nous enseignent également que le *legatum peculii* ne comprenait pas uniquement les *res peculiares corporales*, mais encore les *nomina peculiaría* et qu'il s'étendait même aux *res* acquises au pécule après la confection du testament, d'ailleurs sans qu'il y ait à distinguer suivant que l'acquisition provienne de la *res patris* ou *ex re aliena* ⁽⁴⁸⁾. Tout cela n'aurait rien de surprenant si le pécule ne pouvait être légué que *per damnationem*. On pouvait, en effet, léguer de cette façon des biens incorporels ou futurs. Mais s'il était permis de léguer un pécule *per damnationem* ou par fideicommis ⁽⁴⁹⁾, il semble bien que ce ne furent pas là les formes les plus courantes ni les plus normales du *legatum peculii*. Plusieurs textes sous-entendent, en effet, un legs *per vindicationem* du pécule comme si le pécule était ordinairement légué ainsi ⁽⁵⁰⁾. On s'étonnera qu'une *res incorporalis*, un *nomen juris*, comme l'était certainement le pécule à l'époque de nos sources, puisse être légué *per vindicationem* à la façon d'une *res corporalis* simple ou collective.

(46) Ainsi Buckland, t. R. L. of Slav., p. 190.

(47) On considérait comme *unum legatum* non seulement celui du *peculium (universitas jurium)* ou du *grex (corpus ex distantibus)*, mais encore celui du *suppellex*, de l'*argentum* et du *vestis* qui ne constituaient que des ensembles non unifiés de *res* (Fr. 2 et 6 D. 31-2).

(48) Fr. 57, § 1 et 2 D. 15-1; 8, § 8, D. 33-8; § 20 In. 2-20.

(49) Fr. 23 pr. D. 33-8.

(50) Fr. 56 D. 6-1, 6 pr. § 1; 8 pr. D. 33-8.

A s'en tenir aux principes généraux, le legs *per vindicationem* d'un pécule devrait être nul ou ne comprendre ni les *res incorporales*, ni les biens corporels acquis postérieurement au testament. Or, il est bien évident qu'il n'en était rien. Lorsque les jurisconsultes nous déclarent que le légataire peut exiger la cession des *nomina pecularia* ou lorsqu'ils précisent le contenu du *legatum peculii*, ils ne distinguent pas suivant la forme employée par le testateur, et nous le savons ce legs était le plus souvent *per vindicationem*.

Sans doute, le sénatus-consulte Néronien validait, en les transformant en legs *per damnationem*, les legs *per vindicationem* frappés de nullité. Mais faut-il penser avec Karlowa ⁽⁵¹⁾ que le sénatus-consulte devait nécessairement intervenir en cette matière ? Il est certain qu'il ne transformait pas en legs *per damnationem* tout le *legatum peculii*. S'il en avait été ainsi presque jamais le legs du pécule ne serait demeuré un legs *per vindicationem* ; or, les textes desquels nous avons conclu à la fréquence de cette forme sont relatifs aux effets du legs. On peut tout au plus supposer que les *res corporales* existant *tempore testamenti* restaient léguées *per vindicationem*, tandis que celles acquises postérieurement et les créances étaient censées léguées *per damnationem*. Mais, s'il en est ainsi, chaque élément du pécule apparaît comme l'objet d'un legs distinct ; comment cela peut-il se concilier avec la règle qui fait du *legatum*

(51) *Op. cit.*, t. 2, p. 1138.

peculii unum legatum ? En admettant que la chose fut possible, elle ne nous semble pas, en tout cas, vraisemblable. S'il fallait que le sénatus-consulte intervienne pour valider le legs relativement aux créances et aux *res* acquises postérieurement à la confection du testament, avant le sénatus-consulte, on n'aurait jamais employé la forme *per vindicationem*, qui ne pouvait pas alors permettre à la volonté du testateur de s'accomplir pleinement. Mais, à une époque où le pécule était unanimement considéré comme une *universitas juriurum* serait-il venu à l'esprit de le léguer *per vindicationem*. Cette forme convient mal à un objet comme le pécule et elle est peu compatible avec le *jus deductionis* de l'héritier. Lorsqu'il s'agit de l'action *de peculio* le pécule n'est qu'une valeur, l'*aes domini* s'en déduit aisément.

Mais une déduction s'effectuant sur chaque *res peculiaris* n'est-ce pas là quelque chose d'anormal, de peu compréhensible ?

Il nous semble que l'usage de léguer le pécule *per vindicationem* remonte à une époque lointaine, bien avant l'édit, et qu'il se soit maintenu par la suite, tout en s'adaptant avec peine à la nouvelle notion du pécule. Avant la création de l'action *de peculio*, le pécule était un *corpus ex distantibus*, c'est-à-dire une seule *res corporalis*, d'où les conséquences suivantes : 1° l'éviction d'un de ses éléments était sans influence sur la *venditio peculii* ; 2° le pécule pouvait être légué *per vindicationem* et la règle de la propriété aux deux moments était écartée, comme elle l'était lorsqu'il s'agissait du *legatum gregis*.

Il est plus facile de conserver une règle juridique, même si elle est devenue anormale, lorsqu'elle s'appuie sur une longue tradition, que de la créer de toutes pièces. Le *legs per vindicationem* transférait la propriété des *res peculiares* elles-mêmes ; or, le plus souvent, le pécule était légué ou à l'esclave affranchi ou à un tiers, mais avec l'esclave et pour que celui-ci ait chez son nouveau maître les biens qu'il avait acquis par son intelligence et son épargne. L'esclave était attaché à sa chose comme on le peut aisément comprendre ; un équivalent en deniers ne lui eût pas fait peut-être le même plaisir. Les jurisconsultes ne se sont pas laissé entraîner par une trop rigoureuse logique. Ils ont permis le *legs per vindicationem* du pécule ; mais ils ont suivi complètement l'ancienne coutume et ils ont écarté la règle de la propriété aux deux moments comme si l'objet du legs était encore un *corpus ex distantibus*. Ce qui est nouveau c'est le *jus deductionis* de l'héritier et surtout le droit pour le légataire d'exiger la cession des *nomina pecularia*. On objectera que les *res peculiares* ne forment plus à l'époque classique un *corpus ex distantibus* et qu'elles doivent être individuellement revendiquées par le légataire. Mais les jurisconsultes étaient-ils contraints de pousser l'illogisme jusqu'au bout ? Le pécule n'est pas pour eux une *res corporalis* et le droit romain ne connaît pas d'autres actions universelles que l'*hereditatis petitio* proprement dite et l'*hereditatis petitio possessoria*.

**

Les règles au premier abord surprenantes que nous venons d'étudier s'expliquent cependant, et il n'en demeure pas moins certain que le pécule était conçu à l'époque classique comme une universalité de droits. Mais il fut auparavant l'objet de conceptions diverses qu'on peut facilement reconnaître grâce aux traces qu'elles ont laissées. Avant l'édit *de peculio*, le pécule constitue une chose collective, un objet corporel unique. Après l'édit, il change d'aspect : il devient un ensemble patrimonial susceptible de contenir des éléments incorporels. Cependant, jusqu'au début de l'époque classique, la notion d'universalité juridique n'étant pas encore dégagée, le pécule est considéré simplement comme une masse de *bona*.

CHAPITRE III

Le pécule comme attribut de la personne en puissance

En vertu de quelle cause juridique le pécule est-il une universalité de droits ?

Parmi les réponses diverse qui ont été données à cette question nous en retenons deux seulement comme plausibles.

Ou bien, le pécule, comme s'il était le patrimoine du *subjectus*, trouve sa source dans la personnalité même de celui-ci, ou bien il constitue un ensemble patrimonial créé par le *paterfamilias* en vue d'un but déterminé ⁽¹⁾.

(1) D'autres explications ont été fournies. Selon Mülhenbruch (arch. f. c. praxis, t. 17, p. 339, n. 32 et 354 suiv.), le pécule serait une personne fictive : ainsi p. 358 : « *Das peculium wird gewissermassen als Person gedacht weil seinem Inhaber die persönliche Selbstständigkeit fehlt — also damit rechtliche Handlungen und Rechtsverhältnisse möglich werden, welche sonst nicht würden erfolgen können* ». (Cf. Bekker, Z. f. H., t. 4, p. 528). En sens contraire : Rösler, Z. f. H., t. 4, p. 305; Mandry, Familien-güterrecht, t. 2, p. 20 suiv. Mülhenbruch invoque principalement en faveur de sa théorie l'existence de rapports juridiques réciproques entre le patrimoine du *paterfamilias* et le pécule. De tels rapports s'expliquent parfaitement même si on considère le pécule comme une partie du patrimoine du *paterfamilias* affectée (légalement ou volontairement) à un but déterminé. En réalité, la notion moderne de personne morale était étrangère au droit classique romain.

Pour Mandry (*op. cit.*, t. 2, p. 6 suiv.), le pécule est avant tout

La première conception fut défendue par Dietzel et plus tard par Kuntze (2). Ces deux auteurs, sans doute, ne contestent pas la dépendance du pécule au sein du patrimoine du *paterfamilias* ni le droit de ce dernier sur les *res peculiares* (3). Mais le pécule (*intellectu juris*) leur apparaît comme l'émanation d'une capacité propre à tout esclave ou fils de famille (4).

Bekker (5), dont la théorie fut en général mieux accueillie, nous présente au contraire le pécule comme un petit patrimoine d'affectation. Il le classe à la fois dans la catégorie générale des « Zweckvermögen », patrimoines à but, et dans celle plus spéciale des « Sondergüter », universalités comprises dans un patrimoine. Mais, s'il en est ainsi, de qui émane cette affectation ? Du *paterfamilias* propriétaire de la *res peculiaris* ou de la loi ? Le pécule est destiné au service d'un être humain ; si ce but lui est assigné par la loi, c'est qu'une certaine capacité juridique est reconnue au *subjectus* et nous revenons ainsi à l'idée

le *patrimonium facti servi filiive*. L'explication est insuffisante. Il est certain que le pécule était en fait le patrimoine du *subjectus*, mais, en le présentant comme un *patrimonium facti*, on ne précise point sa cause juridique en tant qu'universalité de droits.

(2) Dietzel, Bekkers' Jahrbuch, t. 2, p. 1 suiv.; Kuntze, Cursus, p. 532 suiv. V. encore dans le même sens Neuner cité par Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 14, en note.

(3) Ainsi Dietzel, *op. cit.*, p. 6 : « Wie das Hauskind in der Gewalt des Vaters, so steht das Peculium im Vermögen desselben ». Et Kuntze, *op. cit.*, p. 532 : « Mithin wie Patrimonium so drückt auch peculium eine Vermögenssphäre aus allein jedes ist eine selbständige, dieses eine unselbständige Sphäre ».

(4) Dietzel, *op. cit.*, p. 9, nous dit notamment : « Wie der paterfamilias vermögensfähig ist, so ist das Hauskind peculium fähig ».

(5) V. Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Actiengesellschaften, Zeitschrift für Handelsrecht, t. 4 (1861), p. 499 suiv.; Aktionen, t. 2, p. 127.

de Dietzel et de Kuntze. Pour ne voir dans le pécule qu'un simple « Sondergut », il faut supposer que celui-ci est la création pleinement voulue du *paterfamilias*, et c'est bien ainsi d'ailleurs que l'entend Bekker.

Des conséquences diverses découlent logiquement de l'une et de l'autre conception.

Le pécule est-il un attribut du *potestati subjectus* comme le patrimoine est un attribut du *sui juris*, il doit alors revêtir un caractère de nécessité, en ce sens que tout *alieni juris* doit avoir un pécule, de même que tout *paterfamilias* a un patrimoine. Au contraire, si le pécule trouve sa justification et sa source dans la volonté souveraine du *paterfamilias*, il faut un acte de cette volonté pour le faire naître et il ne peut pas survivre à la volonté qui l'a créé.

Pour découvrir la conception romaine du pécule, il faut rechercher si les jurisconsultes ont consacré les unes ou les autres de ces conséquences.

Nous examinerons d'abord le rôle de la volonté du *paterfamilias* dans la constitution et la composition du pécule, pour nous demander ensuite dans quelle mesure le pécule présente un caractère de nécessité.

TITRE PREMIER

LA « CONCESSIO PECULII »

§ I. — LES DIVERSES THÉORIES ÉMISES PAR LES AUTEURS SUR L'IMPORTANCE DE LA « CONCESSIO PECULII », RELATIVEMENT A LA FORMATION ET AU DÉVE- LOPPEMENT DU PÉCULE.

La question de savoir dans quelle mesure la volonté du maître devait intervenir dans la constitution et la dans la composition du pécule a soulevé des controverses déjà anciennes.

Dietzel ⁽¹⁾, qui considère le pécule comme un attribut de la personne en puissance, une émanation de sa capacité « pécuniaire » (*Peculienfähigkeit*), limite considérablement l'importance de la *concessio peculii*. Le pécule, en tant qu'entité abstraite existe, à son avis, dès la naissance ou mise en puissance du *subjectus*, et, dans ce contenant vide qu'est le pécule à son début, une valeur active ou passive peut entrer sans que la volonté du maître ait à intervenir ; celle-ci n'est nécessaire que dans la même mesure où le serait celle d'un tiers. Dietzel ne distingue pas, comme le font d'autres auteurs, entre la constitution du pécule et les accroissements postérieurs. Que le

(1) *Op. cit.*, p. 10 suiv. et dans le même sens que Dietzel, v. Kuntze, *op. cit.*, p. 533.

pécule n'ait jamais rien contenu, qu'il contienne ou ait déjà contenu quelque chose, cela, à son avis, était sans importance. Par contre, des règles différentes lui semblent avoir été admises, suivant que l'acquisition au pécule provienne de la *res patris* ou *ex re aliena*. Pour qu'un bien demeuré entre les mains du *paterfamilias* puisse faire partie du pécule, il faut, nous dit Dietzel, que le *paterfamilias* sépare ce bien de son patrimoine et en fasse concession au *subjectus*, c'est-à-dire, qu'il doit intervenir un acte analogue à celui qui assurerait la transmission d'une valeur d'un patrimoine dans un autre patrimoine. Au contraire, lorsque l'acquisition provient d'un tiers, il ne serait plus besoin d'une concession du *paterfamilias*. Le *subjectus* acquerrait pour son pécule *ex re aliena* aussi librement qu'un *sui juris* pour son patrimoine.

Cette théorie fut vivement combattue par Keller et Mandry (2). Ces deux auteurs rejettent la distinction de Dietzel entre les acquisitions *ex re patris* et *ex re aliena*. La *concessio peculii* était, à leur avis, nécessaire dans tous les cas (3). Keller admet tout au plus, à la différence de Mandry, que le pécule, une fois constitué, puisse parfois s'accroître sans une concession proprement dite, pourvu que celle-ci fut présumable.

La majorité des auteurs pense que le pécule, une fois constitué, pouvait s'accroître *ex re aliena* sans

(2) Keller, Bekkers' Jahrb., t. 3, p. 153 suiv.; Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 69 suiv. V. encore Windscheid, Pandette, prima traduzione italiana, t. 2 (1), p. 481, n. 4.

(3) La théorie de Mandry semble complètement admise par M. Solazzi Bull., t. 20, p. 10.

aucune concession (4). En ce qui concerne la constitution du pécule, les uns, parmi ces auteurs, croient qu'une concession proprement dite était toujours nécessaire (5), les autres soutiennent que la concession du maître pouvait être présumée relativement aux gains faits *ex re aliena* ou à certains d'entre eux (6).

Chacune de ces théories semble trouver dans les textes relatifs à la *concessio peculii* de sérieux points d'appui. Ces textes, d'une interprétation délicate, souvent contradictoires entre eux, pouvaient, en effet, autoriser les doctrines les plus diverses. Mais les auteurs n'ont pas suffisamment tenu compte, à notre avis, de la date des ouvrages d'où ils sont extraits. La compilation nous rapporte, en cette matière, l'opinion de jurisconsultes ayant vécu à des époques différentes : Tubéron, Celsus, Pomponius, Marcellus, Ulpien, Marcien, etc. Devons-nous supposer que, pendant cette longue période qui s'étend du dernier siècle de la République à la fin de l'époque classique, le droit du pécule soit demeuré le même ? Nous avons déjà indiqué pour quelles raisons une évolution nous semblait ici *a priori* vraisemblable.

Il y a entre les jurisconsultes qui se sont occupés

(4) Pernice, *Labeo*, t. 1, p. 126; Karlowa, *R. R.*, t. 2, p. 1133-1135; Accarias, *Droit romain*, t. 2, p. 1180; Buckland, *T. R. L. of Slavery*, p. 196 suiv.; Perozzi, *Instituzioni*, t. 1, p. 160; Huvelin, *Cours élémentaire*, t. 1, p. 315, 316, cf. Cujas, *Opera Omnia* (edit. Neapol.), t. 1, p. 1453.

(5) Pernice, *l. c.*; Buckland, *l. c.*; Huvelin, *l. c.*

(6) Karlowa, *l. c.*; Perozzi, *l. c.*; Accarias, *l. c.* Accarias s'exprime en ces termes : « sous le nom de pécule on comprend deux sortes de biens : d'abord ceux que le maître a volontairement et sans nécessité séparés de son patrimoine pour en confier la gestion à son esclave; puis ceux que l'esclave a acquis lui-même et que le maître lui a laissés ou lui aurait laissés s'il avait connu l'acquisition ».

de la *concessio peculii* des divergences d'opinions incontestables. Seule une évolution touchant la configuration juridique du pécule peut en donner la raison.

Il faut, à notre avis, distinguer deux périodes, dont la limite peut être fixée à peu près au règne d'Hadrien.

§ II. — LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DU « PATERFAMILIAS »
DANS LA FORMATION ET LE DÉVELOPPEMENT DU
PÉCULE DEPUIS L'ÉDIT « DE PECULIO » JUSQU'À
L'ÉPOQUE D'HADRIEN.

I. La constitution du pécule. — A) L'opinion dominante pendant cette période : nécessité d'une concession pour la constitution du pécule. — B) La doctrine divergente de Proculus : ce jurisconsulte n'exige pas une *concessio* du *paterfamilias* lorsque le pécule n'est pas constitué *ex re patris*. — Etude du fr. 17, § 4, D. 14-3. — II. Forme de la *concessio* : elle doit être expresse. — III. Les autres conditions de la constitution du pécule : la *naturalis datio*. — IV. La *concessio* relativement aux accroissements du pécule créé : elle est requise seulement lorsque l'acquisition a lieu *ex re patris*.

Les anciens jurisconsultes faisaient-ils une distinction entre la constitution et l'accroissement du pécule ? Quelle était leur doctrine dans ces deux cas ?

I. — A. — Le *permissus domini* apparaît comme une condition nécessaire à la formation du pécule dans la plus ancienne définition qui nous soit donnée de celui-ci. Ulpien nous dit ainsi au fr. 5, § 4, D. 15-1 (*lib. 29 ad ed.*) : « *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus lib. 6 digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus domi-*

nis habet, deducto inde si quid domino debetur ». Tubéron ne distingue pas suivant que le pécule est formé *ex re patris* ou *ex re aliena* et la formule générale qu'il nous donne ne peut pas viser uniquement une seule des hypothèses de constitution du pécule (1). Si Marcellus et Ulpien au fr. 7, § 1 h. t. écartent la nécessité d'une concession, lorsque le pécule se forme *ex re aliena*, ce même texte nous montre que c'est là une doctrine récente encore contestée par quelques-uns des contemporains de Marcellus (2).

Celsus (3) adopte nettement la définition de Tubéron et il semble bien que celle-ci fut couramment admise pendant la première moitié de l'époque classique. Sabinus, Cassius et même Julien, pour justifier l'acquisition possessoire faite par des *subjecti, peculii nomine, ignorante domino*, nous disent que ceux-ci : « *nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus* » (4). C'est la formule même de Tubéron qui réapparaît ici (*peculium est... quod servus domini permissu... habet*). Sans doute, au fr. 40, § 1, D. 15-1, Marcien nous apprend que, selon les *veteres*, le pécule naissait chaque fois que l'esclave acquérait (de tiers) une chose que son maître n'était pas tenu de lui fournir. Il n'est fait ici aucune allusion à la concession ; mais, que devons-nous entendre par *Veteres* ? Pomponius, et

(1) V. en ce sens Keller, *op. cit.*, p. 154; Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 70.

(2) « *Si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi concedente domino* ».

(3) Fr. 7 pr. D. 15-1 — Ulpien *lib. 29 ad ed.* — : « *Quam Tuberonis sententiam et ipse Celsus probat.* », cf. fr. 6 D. 15-1.

(4) Fr. 1, § 5, D. 41-2 (Paul *lib. 54 ad ed.*).

même Marcellus pouvaient être déjà considérés comme des *veteres* à l'époque de Marcien et celui-ci ne songe sans doute pas à de plus anciens juristes. Les textes nous montrent, en effet, que la nécessité de la concession n'a été combattue avec succès dans l'hypothèse prévue au fr. 40, § 1, qu'à dater de Pomponius et surtout après ce jurisconsulte (5).

Faut-il toutefois penser que la formule rigide de Tubéron fut exempte de toute critique pendant la période qui nous occupe ?

L'objection qui lui est faite par Labéon au fr. 6 h. t. n'est pas bien grave ; elle est plus la constatation un peu superficielle d'un fait qu'une véritable critique (6).

B. — Il semble, par contre, que Proculus se soit nettement écarté de la doctrine de Tubéron. En effet, Paul nous rapporte de lui la décision suivante au fr. 17, § 4, D. 14-3 (Paul *lib. 30 ad ed.*) : « *Proculus ait, si denunciavero tibi, ne servo a me præposito crederes, exceptionem dandam : si ille illi non denunciaverit, ne illi servo crederet. Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicare de dolo malo oportet. Nam videri me dolum malum facere,*

(5) V. le paragraphe troisième de ce titre. — Cette interprétation ne serait pas possible, si, comme le soutiennent d'assez nombreux auteurs, le terme *Veteres* désignait invariablement, dans les ouvrages de l'époque classique, les jurisconsultes de la fin de la période républicaine (v. les auteurs cités par Huvelin, *Furtum*, p. 360, n. 1 et 2). Mais c'est là une théorie inexacte. Comme le signale Huvelin (*op. cit.*, p. 359, n. 1), Gaius, au § 188 de son Commentaire 1, « range parmi les *Veteres*, non seulement Q. Mucius et Ser. Sulpicius, mais encore Labéon ». « L'expression *veteres*, dit Huvelin (*op. cit.*, p. 360), n'a qu'une valeur relative. On n'est ancien que par rapport à quelqu'un ». Le mot *Veteres* n'ayant qu'une valeur relative, il n'est pas *a priori* inadmissible que Marcien ait désigné ainsi les jurisconsultes qui se sont succédés de Pomponius à Marcellus.

(6) Voyez *infra*, numéro 2.

qui ex aliena jactura lucrum quæram » (7). L'hypothèse prévue est la suivante : Un maître, après avoir confié un commerce terrestre à un de ses esclaves, retire partiellement le mandat donné, en ce sens qu'il signifie à un tiers de ne pas prêter à son esclave ; malgré cette défense, l'esclave et le tiers contractent. Si, disent les jurisconsultes, le créancier intente l'action institoria, le maître pourra lui opposer l'exception : *si ille illi etc...* Mais, ajoutent-ils, si, grâce à ce contrat, l'esclave a acquis un pécule ou a causé un *in rem domini versum* et que le maître ne veuille pas payer dans la mesure de son enrichissement, son exception sera paralysée par la réplique de dol : est en effet auteur d'un dol celui qui cherche à s'enrichir au détriment d'autrui.

Deux choses peuvent à première vue surprendre dans ce texte. Les jurisconsultes supposent que l'esclave, qui, cela va de soi, n'avait pas auparavant un pécule, au moins concrètement, s'en est constitué un *ex eo contractu*. Le maître n'a sans doute pas assisté à la conclusion du contrat passé contre son gré et rien ne permet de penser qu'une concession de pécule soit intervenue avant l'exercice de l'action (8). L'esclave pouvait-il donc se constituer à lui-même libre-

(7) Tout le paragraphe, dominé par les mots : *Proculus ait*, appartient à ce jurisconsulte ; Paul adoptait sa décision et la faisait sienne.

(8) Nous ne pensons pas cependant que, comme l'a soutenu M. Solazzi (Rivista Ital. sc. g., t. 49, p. 56, n. 1), la concession en pécule des biens acquis par l'esclave soit une ratification de l'opération et annule les effets de la dénonciation : « *ne illi servo crederet* ». Le maître qui concède un pécule n'engage pas sa responsabilité *in solidum*. D'autre part, en agissant ainsi, le maître manifesterait, au contraire, une seconde fois, l'intention de ne pas faire figure de représenté, puisqu'il ne garderait pas pour lui-même le bénéfice de l'acte.

ment un pécule et cela déjà au temps de Proculus ?

En second lieu, la réplique de dol est accordée par les jurisconsultes si l'esclave s'est constitué un pécule ou s'il a causé un *in rem domini verum*. Pourquoi recourir à une réplique plutôt qu'à l'action *de peculio et de in rem verso* ?

M. Betti ⁽⁹⁾, qui supprime dans notre texte les mots : *peculium habeat aut*, pense que l'action *de in rem verso* était accordée concurremment à la réplique de dol par Paul au paragraphe suivant. Paul ajoute, en effet, au § 5 : « *Ex hac causa etiam condici posse verum est* », phrase à laquelle M. Betti substitue : *ex hac causa* ⁽¹⁰⁾ *etiam de in rem verso agi posse verum est*.

Ce dernier paragraphe fait seulement allusion à la *condictio* qui, à partir d'une certaine époque, fut accordée concurremment à l'action *institoria* ⁽¹¹⁾. En tout cas, Paul, encore moins que Proculus, ne pouvait, dans l'hypothèse envisagée, accorder l'action *de in rem verso*. Non pas, comme le pense von Tuhr ⁽¹²⁾, parce que l'esclave n'avait pas de pécule au moment du contrat, car, nous le verrons, à l'époque de Paul, tout esclave avait un pécule, de même que tout *paterfamilias* un patrimoine ⁽¹³⁾ ; mais en raison des circonstances de l'espèce. Von Tuhr a bien établi, et sa doctrine nous semble résister à toutes les objections qu'on lui a faites, que l'action *de in rem verso* n'était

(9) E. Betti, Responsabilità nossale o peculiare — Atti della R. Accademia di Torino, t. 51, 1915-1916, p. 1366, n. 2; cf. Buckland, *op. cit.*, p. 180.

(10) C'est-à-dire, selon M. Betti, la *mutui datio*.

(11) Sur ce § 5, v. Girard : Manuel, p. 709, en note.

(12) *Op. cit.*, p. 247-248.

(13) V. le titre 2 de ce chapitre.

accordée, du moins à partir du milieu de l'époque classique, que lorsqu'il y avait eu gestion des affaires du maître par l'esclave. Or, on le sait, il n'y avait pas gestion d'affaires, lorsque le géré s'était opposé à la gestion ⁽¹⁴⁾, et c'est ici le cas puisque le maître a défendu le contrat.

Seule l'action de *peculio* était possible dans la première éventualité prévue au texte ⁽¹⁵⁾. Mais l'action *institoria* était évidemment bien plus avantageuse pour le créancier ; elle lui permettait d'obtenir tout l'enrichissement procuré sans qu'il ait à redouter l'action d'un créancier plus diligent ou à subir le *jus deductionis* du maître. Elle était même préférable à l'action de *in rem verso*, car la créance du *subjectus* contre son *paterfamilias*, à laquelle le créancier se trouvait en quelque sorte subrogé, pouvait être éteinte par compensation ⁽¹⁶⁾.

Dans l'hypothèse envisagée par Proculus et Paul, le maître s'est enrichi et seule l'action *institoria*, complétée de l'exception : *si ille illi etc...* et de la réplique de dol, permettait d'obtenir dans tous les cas un résultat équitable.

(14) V. fr. 7 (8), § 3, D. 3-5 et c. 24 C. 2.19 (18). En ce sens : Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 591-592 ; Girard, *op. cit.*, p. 659 ; Bossowski, Bull. 1929, p. 208-209.

(5) Il est bien certain qu'à l'époque de Paul la défense de contracter faite par le maître ne faisait pas obstacle à l'exercice de l'action de *peculio*. V. fr. 29, § 1 et 47 pr. D. 15-1. On peut se demander, par contre, si les anciens juriconsultes connaissaient déjà cette règle, alors qu'ils semblent, à l'exemple du prêteur, traiter l'action de *peculio* comme une sorte d'action *quod jussu*. Mais Proculus écarte nettement toute idée de *jussus* et il est probable que sur ce point encore il ne professait pas une opinion différente de celle des juriconsultes plus récents.

(16) Cela expliquerait pourquoi Proculus ne songe pas à l'action de *in rem verso*, même si à son époque cette action pouvait être intentée dans le cas prévu au texte.

Proculus et Paul pouvaient-ils envisager l'éventualité : *si ex eo contractu peculium habeat* ?

On a proposé des corrections plus ou moins importantes de la phrase : *sed si...*

Mommsen ⁽¹⁷⁾ place *ex eo contractu* après : *in rem meam versum sit*, de telle sorte que la *versio in rem* semble seule provenir du contrat. Il en est plus clairement ainsi avec la rectification de M. Riccobonno ⁽¹⁸⁾ : « *Sed si servus peculium habeat aut ex ea pecunia in rem meam versum sit* ».

Ces deux corrections nous paraissent enlever au texte tout sens plausible. Proculus et Paul pouvaient-ils réellement s'exprimer ainsi : on accordera au demandeur une réplique, si l'esclave a un pécule ou s'il a causé au moyen des deniers reçus une *versio in rem domini* ?

La réplique n'est pas un double de l'action *de peculio et de in rem verso*, mais un procédé plus avantageux pour le créancier et soumis à des conditions différentes. Elle n'est accordée, disent les jurisconsultes, que si le maître s'est enrichi (*nec velim quo locupletior sim solvere*) et dans le but d'empêcher un enrichissement dolosif du maître (*nam videri me dolum malum facere qui ex aliena jactura lucrum quæram*) ⁽¹⁹⁾. Si nous lisons le texte de la même ma-

(17) Egalement Bremer, *jurisp. antead.*, t. 2, p. 170.

(18) S. Riccobonno, dal diritto romano classico al diritto moderno — *Annali del Seminario Giuridico della R. Un. di Palermo*, t. 3-4 (1917), p. 626, n. 4 et p. 692.

(19) C'est à tort, croyons-nous, que MM. Betti (*Atti Torino*, t. 51 (1916), p. 1366, n. 2) et Solazzi (*Archivio Giuridico* (1925), p. 87 suiv.) — v. dans le même sens Gründwald, selon *Index Interpolationum* — suppriment la phrase : *nam etc...*, phrase utile dans le texte où elle justifie l'insertion de la réplique de dol (cf. Riccobonno, *op. cit.*, p. 626-627).

nière que MM. Mommsen et Riccobonno, un enrichissement n'est pas manifeste dans la première éventualité prévue et il ne semble même pas exigé pour l'insertion de la réplique. Que l'esclave ait un pécule au moment du contrat, il n'en résulte pas que le maître se soit enrichi directement ou indirectement. L'esclave a pu gaspiller les deniers et c'est peut-être bien ce que le maître redoutait lorsqu'il a fait défense de lui prêter. On pourrait songer à une *versio in peculium* ⁽²⁰⁾ et interpréter ainsi la pensée des jurisconsultes : la réplique sera accordée, si l'esclave ayant déjà un pécule celui-ci a été grossi au moyen des deniers prêtés. Mais cela ne résulte ni du texte de la compilation ni des corrections de MM. Mommsen et Riccobonno. Il aurait fallu que les jurisconsultes écrivent : *sed si ex eo contractu peculium auctum sit* et il est arbitraire de rectifier le texte en ce sens. Le maître est, au contraire, certainement enrichi si l'esclave s'est constitué un pécule *ex eo contractu* ou *ex ea pecunia*.

M. Solazzi ⁽²¹⁾ supprime comme étant des gloses les mots : *ex eo contractu* et la phrase : *nam etc.* Il remplace aussi *aut* par *et*. La justification : *nam etc.* nous semble devoir être maintenue. Quant aux rectifications apportées à la phrase qui précède elles ne nous paraissent pas justifiées. Pour que les jurisconsultes puissent dire : *sed si peculium habeat et in rem meam versum sit*, il faudrait que, l'existence du

(20) V. en ce sens : von Koschembar — Lyskowski, *Condictio*, t. 2, p. 242, n. 4; en sens contraire: Solazzi (*Rivista italiana sc. g.*, t. 49, p. 56, n. 1.).

(21) *Archivio Giuridico* (1925), p. 87 suiv.

pécule étant nécessaire pour l'apparition d'un *in rem versum*, la réplique de dol soit donnée sous les mêmes conditions que l'action de *in rem verso*. Nous avons indiqué déjà la raison pour laquelle cette action, au moins à l'époque de Paul, ne pouvait pas être ici accordée.

Il faut, à notre avis, ou adopter le texte tel quel ou supprimer avec M. Betti les mots : *peculium habeat aut*. Quelles raisons avons-nous pour suspecter ces trois mots ? Il pourrait tout d'abord sembler étrange que les jurisconsultes tiennent compte ici de l'enrichissement indirect qui résulte de la constitution du pécule, alors qu'en général, le créancier qui a contribué seulement à une *versio in peculium* n'a que l'action de *peculio* (la clause de *in rem verso* ne jouant pas). Mais, qu'on le remarque, il n'en a pas toujours été ainsi et Labéon lui-même accordait l'action de *in rem verso* pour une simple *versio in peculium* (22). Dans l'hypothèse du fr. 17, § 4, on pouvait tenir compte de cet enrichissement indirect sans rompre avec la nouvelle conception de l'*in rem versum* ; les jurisconsultes devaient profiter de l'occasion.

L'esclave pouvait-il en général se constituer un pécule *ex re aliena* et cela était-il admissible dans l'hypothèse spéciale du fr. 17, § 4 ? A l'époque de Paul, il est certain que la concession n'était pas requise lorsque le pécule était formé *ex re aliena*. On exigeait seulement que le maître n'ait pas fait à

(22) V. *supra*, p. 149.

l'avance défense à l'esclave de se constituer un pécule ⁽²³⁾. Le maître ici a bien défendu le contrat d'où est sorti le *peculium* ; mais quelle est la portée de son interdiction ? En agissant ainsi le maître semble avoir simplement voulu se dégager de la responsabilité *in solidum* qui pesait sur lui en raison de la *præpositio*. Déduire autre chose de la signification qu'il a faite, serait trop librement interpréter sa volonté. Mais est-il vraisemblable que Proculus, car, somme toute, c'est lui plus que Paul qui parle ici, ait écarté la nécessité d'une concession, alors que celle-ci est exigée par ses contemporains et longtemps encore après lui par un important jurisconsulte de son école : Celsus ?

La chose paraît toute naturelle si on rassemble les différentes décisions rendues par Proculus en matière de pécule. Le jurisconsulte énonce de nombreuses règles qui n'ont été définitivement admises que bien plus tard. Il fait déjà de la possession des *res peculiares* la seule condition de l'action *annalis de peculio* ⁽²⁴⁾ ; il permet l'action *de peculio* pour un *ante gestum*, ce qui ne fut admis d'une manière générale que peu avant Julien ⁽²⁵⁾. Il autorise la restitution *in integrum* contre l'extinction du droit d'agir résultant de l'exercice de l'action *de peculio* contre un des maîtres non *socii* de l'esclave, restitution refusée encore par Julien et accordée d'une manière définitive seulement après Marcellus ⁽²⁶⁾. Enfin, il est le

(23) V. *infra*, p. 264 suiv.

(24) V. chapitre précédent, titre 2, § 3, numéro 4 (B).

(25) V. *infra*, p. 296 suiv.

(26) V. *infra*, p. 470 suiv.

premier à exiger pour la validité de certains actes du *subjectus* la *concessio administrationis* (27). Proculus, nous le verrons mieux plus tard (28), concevait déjà le pécule comme un attribut de la personne en puissance, idée rejetée par ses contemporains et après lui par les jurisconsultes des deux écoles, pour être reprise et définitivement admise pendant la seconde moitié de l'époque classique.

Ainsi, les anciens jurisconsultes, à l'exception de Proculus, dont la doctrine ne fut pas tout d'abord suivie, exigeaient un *permissus domini* pour la formation du pécule.

II. — Que devons-nous entendre par *permissus domini* ? Une concession expresse était-elle nécessaire ? l'autorisation du maître pouvait-elle être simplement tacite ?

Mandry (29), qui considère la *concessio peculii* comme un simple fait ne requérant aucune condition spéciale de forme, pense que celle-ci pouvait être tacite. Mais les arguments qu'il déduit en ce sens des fr. 6, 25 et 40, § 1, D. 15-1, nous semblent peu probants.

Dans la définition de Tubéron, les mots : *permissu domini*, qui pourraient, à la rigueur, s'appliquer à une concession tacite, visent plus sûrement une concession expresse. Qu'il en soit ainsi, peut-être doit-on le déduire du fr. 6 h. t. Labéon nous dit ici que la définition de Tubéron ne s'applique pas au pécule du

(27) V. *infra*, p. 529 suiv.

(28) V. *infra*, p. 296.

(29) *Op. cit.*, t. 2, p. 81 suiv.

vicaire ⁽³⁰⁾. Le *peculium vicarii* peut être, en effet, concédé par l'ordinaire lui-même et l'autorisation du maître est, semble-t-il, tout au plus tacite. C'est parce qu'il ne trouve pas ici un *permissus domini* dans le sens de concession expresse, que Labéon y voit une exception à la règle de Tubéron ⁽³¹⁾. Celsus, il est vrai, n'a pas un semblable scrupule. Le maître, dit-il, en constituant un pécule à ses esclaves, est censé en concéder un au vicaire de cet esclave ⁽³²⁾. Il y a-t-il ici, dans l'esprit de Celsus, une concession tacite ⁽³³⁾, et doit-on en conclure que, du moins pour ce jurisconsulte, des concessions de cette sorte étaient permises ? Nous ne le pensons pas. Il y a une différence essentielle entre l'hypothèse où le maître concède un pécule à son esclave et celle où l'esclave, possesseur d'un pécule, en concède un, à son tour, à son vicaire. Dans cette deuxième hypothèse, en effet, il n'y a concession que vis-à-vis du vicaire et de l'ordinaire, non vis-à-vis du maître. Les biens, qui vont composer le pécule du vicaire, pris dans celui de l'ordinaire, ont déjà été séparés du patrimoine direct du *paterfa-*

(30) Fr. 6 D. 15-1 (Celsus *lib. 6 dig.*) : « *Definitio peculii, quam Tubero exposuit, ut Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet, quod falsum est: nam eo ipso, quod dominus servo peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est* ». Huvelin (Cours Élémentaire, t. I, p. 319) déduit de ce texte qu'à l'époque de Labéon l'ordinaire ne pouvait pas encore concéder un pécule à son vicaire sans le consentement du maître. Cela nous semble difficilement admissible. Labéon nous dit simplement que la définition de Tubéron ne s'applique pas au *peculium vicarii*.

(31) V. en ce sens Pernice, *op. cit.*, t. I, p. 127.

(32) C'est à tort que Pernice (*l. c.*) rapproche de l'explication de Celsus les considérations faites par Proculus au fr. 17 D. 15-1. Ce texte est étranger à la question débattue au fr. 6 et Proculus, nous le savons, n'exigeait pas dans tous les cas une concession du maître.

(33) Même Pernice (*l. c.*) se prononce en ce sens, mais il présente l'explication de Celsus comme un moyen de fortune (Notbehelf).

*mili*as selon les règles admises en matière de concession. Que ces biens soient ensuite employés par l'ordinaire de telle ou telle façon, que l'ordinaire les aliène ou qu'il les remette à ses vicaires, tout cela est plus une question d'administration que de concession. Lorsque Celsus déclare au fr. 6 h. t. : « *Eo ipso, quod dominus servo peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est* », il faut entendre ces mots comme signifiant simplement ceci : par le fait même qu'il a constitué un pécule à son esclave, le maître a donné à celui-ci le pouvoir d'en concéder un à son vicaire, de même qu'il l'autorise implicitement à accomplir tous les actes qui ne nécessitent pas une nouvelle autorisation.

On a voulu voir également des hypothèses de concession tacite dans les fr. 25 et 40, § 1, D. 15-1. Que nous disent Pomponius et Marcien dans ces deux textes ?

Fr. 25 h. t. (Pomponius *lib. 23 ad Sab.*) : « *Id vestimentum peculii esse incipit, quod ita dederit dominus, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet eoque nomine ei traderet, ne quis alius eo uteretur idque ab eo ejus usus gratia custodiretur. Sed quod vestimentum servo dominus ita dedit utendum, ut non semper sed ad certum usum certis temporibus eo uteretur veluti cum sequeretur eum, sive coenanti ministrabit, id vestimentum non esse peculii.* »

Fr. 40, § 1 h. t. (Marcianus *lib. 5 Regularum*) : « *Quomodo autem peculium nascitur, quæsitum est, et ita veteres distingunt, si id adquisiit servus quod*

dominus necesse non habet præstare non esse peculium. Ita igitur nascitur peculium. »

Mandry applique ces deux textes à des concessions tacites de pécule et il explique ainsi leur apparente contradiction. Lorsque, dit-il, le maître remet au *subjectus* une chose nécessaire à son entretien, on ne peut conclure à l'*animus peculii concedendi* du maître et la *res* ne devient *peculiaris*, que lorsque le pécule est destiné à assurer l'existence du *subjectus*. Ce qui arrivait rarement à l'époque des *veteres* (selon Mandry des jurisconsultes de la fin de la période républicaine), d'où la règle énoncée au fragment 40, § 1 ; mais ce qui arriva plus fréquemment par la suite ; au fr. 25 h. t. il s'agirait d'un esclave ayant une économie séparée de celle du maître.

Il ne nous semble pas possible d'adopter cette explication. Le fr. 40 h. t. appartient à un droit récent et nous savons qu'il ne faut pas entendre ici, par *veteres*, les jurisconsultes de la fin de l'époque républicaine. Il s'agit dans ce texte d'une constitution de pécule *ex re aliena* ; ce qui résulte manifestement des mots : *id adquisiit servus quod*. La volonté du maître n'est pas exigée, l'acquisition peut avoir été faite à son insu, et il n'y a ni concession tacite ni concession expresse (34). Le fr. 25 h. t. pourrait, lui aussi, n'avoir aucune force probante pour le droit de l'époque qui nous occupe présentement ; il appartient, en effet, à un temps où l'ancienne conception du pécule commençait déjà à se modifier. En outre,

(34) V. en ce sens Von Tuhr, *op. cit.*, p. 187.

il est relatif, non à la formation, mais à l'accroissement d'un pécule préexistant (*peculii esse incipit*) ; toutefois, il prévoit une acquisition *ex re patris* et dans cette hypothèse on appliqua toujours les règles qui s'y appliquaient autrefois et qui étaient identiques à celles relatives à la constitution du pécule. Mais, à bien considérer ce texte, on s'aperçoit que la concession visée est expresse, non tacite. Le maître ne s'est pas contenté de fournir un vêtement à son esclave, il lui a expliqué dans quel but il le lui remettait ; que lui a-t-il dit ? Qu'il le lui donnait pour qu'il s'en serve toujours à l'exclusion de tout autre esclave, c'est-à-dire qu'il s'en serve comme s'il lui appartenait. Or les *res peculiares* sont en fait les choses du *subjectus*. Bien que le mot *peculium* n'ait pas été prononcé, les paroles qui ont accompagné la dation de l'objet ne peuvent laisser aucun doute ; la concession est expresse.

Si le *permissus domini* ne pouvait pas simplement se déduire des circonstances qui accompagnaient la remise d'un objet, par contre il n'était pas nécessaire qu'il fût exprimé dans une formule déterminée ; une autorisation clairement donnée suffisait.

III. — Parmi les conditions nécessaires à la formation du pécule, le *permissus domini* était celle qu'il importait le plus pour nous de mentionner. Mais quelque chose de plus était exigé à côté de la *nuda voluntas*. Les sources présentent parfois le pécule comme

l'objet d'un compte distinct *des rationes* du *paterfamilias* ⁽³⁵⁾. On lit ailleurs qu'une simple inscription sur les livres du maître ne pouvait créer ou accroître un pécule que celui-ci ne naissait pas *nuda ratione* ou *verbis*, mais *re* ⁽³⁶⁾, ou encore qu'une tradition (*naturalis datio*) réelle ou feinte était nécessaire ⁽³⁷⁾. Il n'y a entre ces textes aucune contradiction et nous ne pouvons pas découvrir ici les traces d'une évolution analogue à celle qui s'est produite relativement au *permissus domini* et dont nous avons étudié le premier stade. Il n'y a pas lieu non plus de distinguer, sous cet angle, entre la constitution et l'accroissement du pécule, les acquisitions *ex re patris* et *ex re aliena*.

La tenue de comptes distincts était-elle une condition nécessaire à l'efficacité de la concession ⁽³⁸⁾; le *subjectus* devait-il avoir en fait à sa disposition les *res peculiares* ⁽³⁹⁾ ?

Il est certain que les *subjecti*, à l'exemple de leur *paterfamilias*, tenaient des livres de compte où figurait l'actif de leur pécule, et le *paterfamilias* avait, sans doute, une comptabilité spéciale pour la partie de son patrimoine non concédée ⁽⁴⁰⁾. Mais ce n'était là, ni une condition suffisante, ni une condition nécessaire pour la constitution du pécule. Ainsi, Pompo-

(35) V. principalement les fr. 4 pr. § 6; 5, § 4, D. 15-1; 6 D. 40-1; 37, § 1, D. 41-1 et encore les textes suivants qui font allusion à la tenue de comptes distincts : 4, § 2, D. 2-13; 3, § 5, D. 15-3; 26 D. 33-8; 3, § 2, D. 40-7.

(36) V. fr. 4, § 1; 49, § 2, D. 15-1; 6, § 4, D. 33-8.

(37) V. fr. 8 D. 15-1.

(38) V. cf. Pernice, *op. cit.*, t. 1, p. 127 et 128.

(39) V. principalement Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 57 suiv.

(40) Cela est facile à déduire des nombreux textes où il est fait allusion à la tenue de comptes distincts (v. les textes cités *supra* et encore ceux cités par Pernice, *op. cit.*, t. 1, p. 128, n. 64).

nus, qui fait à différentes reprises allusion à la tenue de comptes séparés, nous dit lui-même qu'une simple inscription sur les livres de comptes ne pouvait pas créer ou augmenter un pécule ⁽⁴¹⁾. Et, si Paul, au fr. 8 D. 15-1, déclare que la *nuda voluntas* ne suffit pas, il impose comme une seconde condition, non l'inscription sur des livres spéciaux, mais une *naturalis datio*, c'est-à-dire une tradition réelle ou feinte ⁽⁴²⁾.

Lorsque les jurisconsultes enseignent que le pécule est ce que l'esclave *habet separatum a rationibus dominicis*, ils veulent simplement souligner la séparation nécessaire qui existe entre le pécule et le patrimoine direct du *paterfamilias* et qui se manifeste notamment par la tenue de comptes séparés. Mais ils sous-entendent les conditions spéciales à chaque espèce sous lesquelles cette séparation se produisait ⁽⁴³⁾.

(41) Il nous dit cela notamment au fr. 4, § 1 h. t., alors qu'il fait allusion à la tenue de comptes distincts au pr. et au § 6 de ce même texte. On ne peut pas supposer dans ces conditions avec Marezoll (Giessner Zeitschrift (n. f.), t. 5, p. 195 suiv.) que les jurisconsultes exigeaient une tradition ou à sa place la tenue d'un compte spécial. L'inscription n'est pas un équivalent de la tradition. La tradition réelle ou feinte n'est sans doute possible que pour la concession des *res corporales*, mais, quand elle ne peut avoir lieu, il faut une *causa debendi*. L'inscription ne fait qu'accompagner, sans que cela soit obligatoire, la dation ou le pacte. Elle constitue une simple preuve, elle est sans importance en ce qui concerne la validité du transfert de valeur du patrimoine au pécule.

(42) Fr. 8 D. 15-1 (Paulus lib. 4 ad Sab.) : « Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem: contra autem simul atque nolit peculium servi desinit peculium esse ». C'est à tort que Sintenis (Civilrecht, t. 3, p. 156) rapporte aut cum apud eum. etc... à une rétention du maître pour le compte de l'esclave. V. pour la réfutation Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 60, n. 4.

(43) Cf. Heimbach Rechtslexikon 7, p. 859, selon lequel la *naturalis datio* est une tradition provoquant la séparation des comptes et la tenue d'un livre distinct; Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 61-62, qui soutient qu'une séparation des *rationes dominicæ* et la tenue d'un compte séparé du pécule ne seraient pas possibles sans la séparation de fait qui résulte de la tradition.

Ce sont ces conditions qui sont visées dans les textes où il est question d'une *causa debendi*, en opposition à la simple inscription, ou de la *naturalis datio*.

La règle générale est celle indiquée par Pomponius relativement à la validité des créances et dettes entre *paterfamilias* et *subjecti*. Elles sont appréciées, dit-il, *ex causa civili*, c'est-à-dire conformément aux principes généraux du droit, et il exige en conséquence une *causa debendi* (44). Lorsque le pécule est constitué ou accru par la concession d'une *res* appartenant au *paterfamilias*, il y a là une sorte de donation et celle-ci ne peut être réalisée que grâce à une tradition : la *naturalis datio*.

La règle énoncée par Pomponius au sujet des obligations entre *paterfamilias* et *subjecti*, règle qui trouve son corollaire dans l'exigence d'une *naturalis datio* pour des concessions portant sur des *res corporales*, est certainement ancienne. Elle était connue déjà de Pegasus et Nerva. Comment justifier cette exigence ? L'acte matériel qui assurait le transfert de va-

(44) En ce sens on peut dire avec Puchta, Pandekten, § 434, que la *naturalis datio* est une exécution de la concession.

La théorie que nous soutenons au texte est à peu près celle émise par Dietzel (Bekkers Jahrb., t. 2, p. 11). Sur plusieurs points nous nous écartons de la théorie soutenue par Mandry. L'auteur distingue suivant qu'il s'agit de la formation ou de l'augmentation du pécule. Dans le premier cas la concession n'aurait pas pu porter sur des créances de *l'alieni juris* contre son *paterfamilias*. En fait, la *causa debendi* devait ordinairement faire défaut dans ce cas. Mais aucun motif juridique ne pouvait empêcher une semblable concession, lorsque la créance avait pour base un accord valable selon le droit positif. Les obligations entre membres d'une même *domus*, contrairement à ce que soutient Mandry, n'étaient pas dénuées de toute force en dehors du pécule à partir du moment où on les a considérées comme des *obligationes naturales*. Auparavant, sans doute, ces obligations ne pouvaient avoir une valeur que comme éléments du pécule. Mais, si au moment du contrat, le *paterfamilias* déclare à *l'alieni juris* qu'il gardera en pécule le bénéfice de l'acte, on ne peut pas dire que la créance est née en dehors du pécule.

leurs du patrimoine au pécule concrétisait utilement le *permissus domini*. Le pécule est un succédané du patrimoine, on ne pouvait mieux faire que d'en copier les règles sur celles relatives au patrimoine.

IV. — Le *permissus domini* devait-il nécessairement accompagner tout accroissement du pécule ?

Il est un certain nombre d'acquisitions relativement auxquelles la question ne peut pas se poser : ce sont celles qui se produisent par accession ou subrogation et que les Pandectistes d'Outre-Rhin désignent par le mot « *Selbstentwicklungen* ». Celles-ci allaient, en effet, de plein droit au pécule en raison même des principes généraux. Qu'en était-il des autres ? Les premiers jurisconsultes classiques ont-ils distingué suivant que l'acquisition était faite *ex re patris* ou *ex re aliena* ? Tubéron ne fait pas une semblable distinction dans sa définition et la formule qu'il nous donne pourrait aussi bien s'appliquer à la création qu'à l'accroissement du pécule. Peut-être, ce jurisconsulte visait-il plus spécialement la constitution du pécule ⁽⁴⁵⁾. Quoi qu'il en soit, il semble que la jurisprudence romaine ait admis de très bonne heure que le pécule, une fois créé, puisse s'accroître sans une autorisation expresse du maître dans certains cas, autres, bien entendu, que ceux d'accession et de subrogation réelle.

Lorsque l'acquisition provenait de la *res patris*, une autorisation expresse du maître était encore néces-

(45) On pourrait invoquer en ce sens le fait que les jurisconsultes n'invoquent la définition de Tubéron que relativement à la constitution du pécule. (Ainsi Celsus et Ulpien aux fr. 6 et 7, § 1 h. t.).

saire. Pomponius nous le dit très clairement au frag. 4 D. 15-1. Ce texte, il est vrai, n'appartient plus à l'époque qui nous occupe, mais, la doctrine qui y est exposée et qui concorde parfaitement avec la définition de Tubéron, est sans aucun doute celle des premiers jurisconsultes classiques ⁽⁴⁶⁾. Pomponius s'exprime ainsi : « (pr.) *Peculii est non id, cujus servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens: nam cum servi peculium totum adimere, vel augere, vel minuere dominus possit, animadvertandum est non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit.* — (§ 2) *Ex his apparet non quid servus ignorante domino habuerit peculii esse, sed quid volente: alioquin et quod subripuit servus domino, fiet peculii, quod non est verum* ».

La règle énoncée par le jurisconsulte pouvait fort bien s'appliquer à la création du pécule, mais le texte visé plus sûrement les accroissements postérieurs. On le déduit aisément des expressions: *peculii est* (pr.), *peculii esse, fiet peculii* (§ 2) ⁽⁴⁷⁾.

(46) On pourrait objecter que, si c'était là une règle ancienne, Pomponius n'aurait pas eu à insister sur elle comme il le fait avec force arguments et exemples. Selon Mandry (*op. cit.*, t. 2, p. 72), à l'époque de Pomponius, une réaction s'était faite contre la définition de Tubéron et certains jurisconsultes voulaient faire revivre de plus anciennes règles moins rigides. Mais nous ignorons quelles étaient les conditions de la formation du pécule avant Tubéron et une autre explication que celle fournie par Mandry nous semble plus vraisemblable. La jurisprudence romaine s'est de plus en plus écartée de la définition de Tubéron après Celsus. Pomponius lui-même, nous le verrons, admettait des présomptions de concession lorsque le pécule naissait *ex re aliena*. Il devait ainsi pour préciser sa doctrine mettre en relief la volonté du maître dans les hypothèses où il exigeait encore une concession expresse.

(47) De même au § 1 : *peculium augendum est*.

Comme le remarque fort justement Dietzel ⁽⁴⁸⁾, tout ce fr. 4 ne concerne que les acquisitions *ex re patris dominive*; une simple lecture du passage suffit à justifier cette affirmation. En effet, au § 1, Pomponius ne cite en exemple que des cas où l'acquisition provient de la *res domini*: remise de dettes envers le maître, concession par création de créances fictives contre le maître. De plus, au paragraphe 2, le jurisconsulte, pour montrer la nécessité de la concession, nous donne un exemple des plus significatifs. La concession, dit-il, est nécessaire, sinon ce que l'esclave vole à son maître ferait partie de son pécule. Une telle démonstration n'a de valeur qu'au regard des acquisitions *ex re patris*. L'esclave qui acquiert quelque chose d'un tiers, qui reçoit une donation, ne vole pas son maître. Et il en est de même relativement aux économies faites par les *subjecti* sur les aliments qui leur sont abandonnés par le *paterfamilias*. La concession expresse du maître est exigée ici pour des transferts de valeur du patrimoine au pécule, qui se produiraient entre les patrimoines de deux *sui juris* en vertu d'un acte à titre gratuit. Lorsque l'acquisition *ex re patris* était à titre onéreux, la question du *permissus domini* n'avait pas la même importance, car le plus souvent il y avait subrogation réelle et, en outre, la volonté de concéder se confondait avec l'*animus* spécial au contrat. Dans les hypothèses d'acquisition *ex re patris* gratuites, l'*animus peculii concedendi* était un *animus donandi* ⁽⁴⁹⁾.

(48) Bekkers Jahrbuch, t. 2, p. 11.

(49) La distinction de Dietzel entre l'*animus peculii concedendi* et l'*animus donandi* est inadmissible et d'une subtilité excessive (Dietzel Bekkers Jahrbuch, t. 3, p. 71; en sens contraire Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 74 suiv. Windscheid, Pandette (prima traduzione italiana), t. 2 (1), p. 481, n. 4).

Pour ce qui est des acquisitions ne provenant pas directement de la *res patris*, il est certain que celles-ci, au moins à dater de Julien, augmentaient le pécule, sans qu'il soit besoin d'une concession ⁽⁵⁰⁾. Julien décidait, en effet, que le pécule légué à l'esclave comprenait, non seulement les *incrementa ex rebus peculiariibus*, mais encore tout ce que l'esclave avait acquis *ex operis suis, vel ex alia re*, après le décès du maître, c'est-à-dire à une époque où il n'y avait personne qui ait pu faire concession de ces biens ⁽⁵¹⁾. D'où l'on peut naturellement conclure que du vivant du maître ces gains allaient de plein droit au pécule ⁽⁵²⁾. La décision de Julien fut d'ailleurs admise sans contestation. Try-

(50) La majorité des auteurs pense qu'une concession n'était pas nécessaire pour l'attribution au pécule déjà créé des gains ne provenant pas directement de la *res patris* (v. les auteurs cités au paragraphe précédent, note 4). Nous repousserons plus loin les arguments invoqués en sens contraire par Mandry.

(51) Fr. 8, § 8, D. 33-8 (Ulp. *lib. 25 ad Sab.*) : « *Utrum autem id demum peculium accipimus, quod mortis tempore fuit? an vero et quod postea accessit applicamus vel quod decessit detrahimus? Et Julianus alias accipiendum legatum peculii ait, si ipsi servo legetur, alias, si alii: nam si ipsi, id tempus in legato spectandum, quo dies legati cedit: si vero extraneo, mortis tempus, sic tamen, ut incrementa ex rebus peculiaribus ad eum perveniant, ut puta partus ancillarum vel fœtus pecorum: quod autem ex operis suis vel ex alia re accedit, id, si alii quam ipsi legetur peculium, non debetur...* » (cf. fr. 57, §§ 1 et 2, D. 15-1).

M. Beselér (Beiträge, t. 4, p. 151) supprime, mais sans justification, la phrase : *sic tamen... debetur*. M. Donatuti (Bulletino, t. 34, (1925), p. 199 suiv.), qui se prononce également en ce sens, croit qu'il s'agit d'une interpolation seulement formelle et que la règle ici énoncée est classique. — La fin du texte: « *Hoc utrumque... idem dicas* » paraît être une addition byzantine — v. contre son authenticité : Beseler (Beiträge, t. 4, p. 150) et Donatuti (Bull., t. 34 (1925), p. 199 — cf. l'interpolation analogue du fr. 57, § 2, D. 15-1 — v. note 53).

(52) En sens contraire: Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 126-127.

La question examinée par Julien était celle de savoir à quel moment il fallait se placer pour évaluer le pécule légué. Le jurisconsulte déclare que ce moment est celui du décès lorsque le pécule est légué à un tiers, le moment de l'adition lorsque le pécule est légué à l'esclave affranchi. Il en résulte que le pécule légué à un tiers ne peut s'accroître, après le décès du testateur, que par accession ou subrogation, tandis que le pécule légué à l'esclave peut jusqu'au moment de l'adition s'accroître de la même manière que du vivant du maître.

phoninus ⁽⁵³⁾ et Ulpien l'adoptent et elle est à nouveau rapportée par Justinien dans ses Institutes ⁽⁵⁴⁾. On peut affirmer que, pendant la seconde moitié de l'époque classique, les gains ne provenant pas directement de la *res patris* augmentaient le pécule indépendamment de toute concession, pourvu, bien entendu, que le *subjectus* n'ait pas agi pour le compte de son *paterfamilias*. A cette époque, le pécule est de plein droit accru par les donations ⁽⁵⁵⁾, les hérédités et legs ⁽⁵⁶⁾, dont

(53) Fr. 57, §§ 1 et 2, D. 15-1. Nous admettons les corrections apportées à ces deux paragraphes par MM. Beseler et Donatuti. M. Beseler, Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 465, supprime comme étant interpolée la fin du § 1 depuis *ideoque* — c'est une interpolation explicative. M. Donatuti, *op. cit.*, p. 199-200, efface au § 2 : *in conjectura... verosimilius esse* et introduit *est* entre *legatum* et *quod*.

(54) § 20 In. 2-20 : « *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem servus adquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia dies hujus legati adita hereditate cedit, sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus ductum fuerit peculium* ». Selon une conjecture de M. Ferrini, ce texte aurait été puisé dans les Institutes de Marcien (Bull., t. 13, 1900, p. 162).

(55) Fr. 22, § 12, D. 24-3.

(56) Fr. 7, § 5, D. 15-1 : « *Sed et si quid furti actione servo deberetur vel alia actione, in peculium computabitur: hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait* ».

Selon Mandry (*op. cit.*, t. 2, p. 125 et 162), Labéon et Ulpien nous disaient simplement ici que des hérédités et legs pouvaient être compris dans le pécule, sans s'occuper des conditions sous lesquelles il en était ainsi. (V. en sens contraire : Pernice, Labeo, t. 1, p. 140; Karlowa, R. R., t. 2, p. 1135). Cela n'est pas admissible. Ulpien indique le contenu possible du pécule au paragraphe précédent (*In peculio autem res esse possunt omnes*). Au § 5, Labéon qu'il cite s'exprime différemment; il ne nous dit pas : « *in peculio possunt esse hereditas et legatum* »; mais : « *hereditas quoque et legatum (in peculium computabuntur)* ». Le verbe *computari* vise manifestement une attribution de plein droit au pécule.

Un autre texte d'Ulpien semble au premier abord contredire ce fr. 7, § 5. Il s'agit du fr. 5, § 7, D. 36-2, où Ulpien nous dit : « *Si, cum dies legati cedere inciperet, alieni quis juris est, deberi his legatum, quorum juris fuit subjectus. Et ideo si purum legatum fuerit et post diem legati cedentem liber factus est, apud dominum legatum relinquet: sed si usus fructus fuerit legatus, licet post mortem testatoris, ante aditam tamen hereditatem sui juris efficiatur, sibi legatum acquirit* ». L'esclave affranchi entre vifs gardait en principe son pécule, pourquoi dès lors ne pas comprendre dans celui-ci un legs fait à l'esclave et dont le *dies*

le *subjectus* est le bénéficiaire. De très nombreux textes, enfin, prévoient ou impliquent l'attribution de plein droit au pécule d'acquisitions possessoires faites par le *subjectus*, *ignorante domino* ⁽⁵⁷⁾. Sans doute, dans ces différentes hypothèses d'acquisition de la

cedens est arrivé avant l'affranchissement ? Faut-il en conclure que le legs ne faisait pas partie du pécule (en ce sens Cug. Institutions, t. 2, p. 134, n. 8) ? Nous ne le pensons pas. La règle selon laquelle le pécule non retiré est laissé à l'affranchi est interprétative de la volonté du maître. Or, cette présomption de donation, on le sait, ne porte pas sur tout le pécule. On peut fort bien supposer, dans ces conditions, qu'Ulpien excluait du pécule donné les legs de même que les *nomina* uniquement par interprétation de la volonté du maître (V. en ce sens Buckland, T. R. L. of Slavery, p. 199).

Comme le remarque fort justement Pernice (*l. c.*), le testateur, en instituant l'esclave plutôt que son maître, a voulu que le bénéfice de la libéralité profite à l'esclave lui-même. En assurant le plein accomplissement de cette volonté par l'attribution de plein droit au pécule des hérités et legs dévolus aux esclaves, les jurisconsultes encourageaient l'institution de ces derniers, institution dont le maître lui-même profitait indirectement.

(57) Il est question dans ces textes d'acquisitions possessoires réalisées par des *subjecti ex causa peculii* (fr. 1, § 5, 44, § 1, D. 41-2; 44, § 7, D. 41-3), *peculiariter* (1, § 5, 3, § 12, D. 41-2), *peculii* ou *peculiori nomine* (fr. 4; 32, § 2, D. 41-2; 2, §§ 10, 11, 12, 13, D. 41-4; 22, § 3, 29 D. 49-15). Il n'est parlé d'une acquisition *ex peculio* que dans le fr. 24 D. 41-2. C'est à tort, en effet, que Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 118, rapproche de ce texte le fr. 47 D. 41-3 où les mots : *in rebus peculiaribus* signifient seulement : en matière de pécule, et ne visent nullement une acquisition liée aux *res peculiares* préexistantes. (Pour l'étude critique des textes cités dans cette note, v. *infra*, p. 554 suiv.).

Dans tous ces textes, il s'agit d'acquisitions faites *peculii nomine* à l'insu du *paterfamilias*. Les jurisconsultes, en effet, distinguaient ici, relativement à l'acquisition possessoire *per subjectam personam*, suivant que la *persona subjecta* agisse *nomine patris* ou *nomine peculii* et ils nous disaient que, dans ce dernier cas, le *paterfamilias* devenait possesseur même à son insu.

L'esclave ou le fils pouvait donc acquérir pour son pécule la possession de *res corporales*, indépendamment de toute concession, et *a priori* la propriété : d'ailleurs la possession acquise *nomine peculii* pouvait se transformer en propriété par usucapion à l'insu du maître. Mais on peut se demander avec Mandry si, dans toutes les hypothèses visées par les jurisconsultes, il n'y avait pas subrogation réelle. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 117 suiv., pense qu'il n'était question, dans les différents textes que nous venons de citer, que d'acquisitions objectivement liées au pécule (de « Selbstentwicklungen »). Pour que les acquisitions des personnes en puissance puissent accroître leur pécule, il fallait, selon Mandry, 1° qu'il y ait entre l'acquisition et le pécule un lien objectif (comme en cas d'accession ou de subrogation réelle); 2° que l'acquisition ait été faite en vue du pécule. Les diverses expressions dont se ser-

possession, il y avait le plus souvent subrogation réelle ⁽⁵⁸⁾. Mais rien ne prouve qu'un lien objectif fut nécessaire entre l'acquisition et le pécule. Au contraire, les jurisconsultes nous disent ordinairement que l'acquisition est faite *ex causa peculii*, *peculiariter*, *peculii* ou *peculiari nomine*; ces expressions larges visent toutes les acquisitions faites par le *subjectus* en vue de son pécule, qu'il y ait ou non subrogation réelle.

En était-il ainsi au début de l'époque classique ? A notre avis, cette distinction entre les acquisitions *ex re patris* et *ex re aliena* fut faite de bonne heure par les jurisconsultes. Labéon attribuait déjà de plein droit au pécule les hérédités et legs dévolus aux *subjecti* ⁽⁵⁹⁾; Sabinus et Cassius les donations à eux faites ⁽⁶⁰⁾; et il semble bien que la nécessité d'une concession fut écartée par Sabinus et Cassius, non seulement pour les donations, mais d'une manière géné-

vent les jurisconsultes : *adquirere ex causa peculii*, *ex peculio*, *peculiariter*, *peculii nomine*, viseraient l'une et l'autre de ces deux conditions. Cette théorie n'est pas admissible. Tout d'abord l'expression : *adquirere ex causa peculii* n'est pas nécessairement synonyme de : *adquirere ex re peculiari*. En second lieu, si les expressions *ex causa peculii adquirere* et *peculii nomine adquirere* visaient deux conditions différentes et toujours nécessaires, nous les rencontrerions dans les mêmes passages, alors qu'elles sont employées isolément et indifféremment par les jurisconsultes. Les arguments que Mandry déduit en faveur de sa théorie des fr. 56 D. 15-1 et 24 D. 41-2, sont sans force probante. Le fr. 56 est relatif à une hypothèse spéciale; quant au fr. 24 il est fort suspect (cf. Beseler, Beiträge, t. 4, p. 64 et les auteurs cités par M. Beseler). Mais, dans la forme où il nous est transmis, le fr. 24, loin de renforcer la théorie de Mandry, la combat directement. Si Javolenus nous parle d'une acquisition *ex peculio*, ce n'est qu'à titre d'exemple (*sicut*) et il ajoute que « *quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur id in peculio servi est* », tandis qu'il exclut seulement du pécule les gains *ex maleficiis*.

(58) Il en est notamment ainsi lorsque le *subjectus* prend possession d'une *res* achetée avec les deniers de son pécule (fr. 2, § 10 D. 41-4).

(59) Fr. 7, § 5 D. 15-1. V. *supra* note 56.

(60) Fr. 22, § 12 D. 24-3.

rale pour toutes les acquisitions *ex re aliena*, le pécule existant. Ces deux jurisconsultes, en effet, envisagent l'acquisition au pécule de la possession de choses appréhendées par les *subjecti peculiariter* à l'insu du *paterfamilias* ⁽⁶¹⁾. D'ailleurs, la décision de Julien à laquelle nous avons fait allusion ⁽⁶²⁾ suppose l'ancienneté de la règle, selon laquelle on comptait au pécule ce que le *subjectus* avait acquis *ex operis suis vel ex alia re*. Le jurisconsulte, au fr. 8, § 8, D. 33-8, recherchait seulement à quel moment il fallait se placer pour apprécier le pécule légué. L'attribution au pécule, avant ce moment, des gains faits par l'esclave *ex operis suis vel ex alia re* est admise par Julien sans discussion. Elle ne soulevait donc aucune contestation à l'époque de ce jurisconsulte.

Von Tuhr ⁽⁶³⁾ a soutenu cependant sur le vu des fragments 39 D. 15-1, 7, § 2, D. 15-3 et 60, § 7, D. 19-2, qu'au début de l'époque classique le pécule n'était accru sans concession, en dehors des cas d'accession ou de subrogation réelle, que par les économies de la personne en puissance ou les donations qui lui étaient faites. Cela ne nous paraît pas exact.

Si Mela au fr. 7, § 2, D. 15-3 et Labéon au fr. 60, § 7, D. 19-2 accordent l'action de *in rem verso* en suite de l'acquisition de certaines *res* faites par des esclaves au cours de leurs rapports avec les tiers, ce n'est pas

(61) Fr. 1, § 5 D. 41-2 (Paulus lib. 54 ad ed.) † « *Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio, et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus* ». On remarquera le terme large : *peculiariter*.

(62) Fr. 8, § 8 D. 33-8 et § 20 In. 2, 20.

(63) *Actio de in rem verso*, p. 262 suiv.

nécessairement parce que les *res* en question sont allées au patrimoine direct du maître. Nous savons que Labéon accordait cette action même pour de simples *versiones in peculium* et ce pouvait être là également la façon de voir de Mela ⁽⁶⁴⁾.

Le fr. 39 D. 15-1 soulève de plus sérieuses difficultés. Il émane d'un jurisconsulte récent : Florentinus; mais, on pourrait fort bien supposer avec von Tuhr que Florentinus suivait ici une ancienne doctrine. Le jurisconsulte nous dit dans ce texte : « *Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit, vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit* ». Il est ici question, non de l'apparition du pécule, mais du contenu d'un pécule préexistant. Ce texte est, en effet, extrait du livre 11 des Institutes de Florentinus relatif aux legs ⁽⁶⁵⁾ et le jurisconsulte indiquait sans doute dans ce passage les biens compris dans le *legatum peculii*. La première partie du fragment (jusqu'à *idque*) qui, selon von Tuhr, contient l'énoncé des différents cas où l'autorisation du maître n'est pas exigée ⁽⁶⁵⁾, ne mentionne que les économies et les donations. Mais l'argument que l'auteur veut en déduire est sans grande valeur car notre texte manifestement in-

(64) En outre, dans l'hypothèse du fr. 7, § 2, le maître est bien directement enrichi, même si l'acquisition a tout d'abord accru le pécule, par le retour de ce dernier au patrimoine direct après le décès de l'esclave. Mela pouvait estimer équitable de donner, à partir de ce moment, une action *de in rem verso* plutôt que l'action *annalis de peculio* (V. en ce sens Schlossmann Jherings Jharb., t. 23, 1896, p. 87 suiv.; en sens contraire Von Tuhr même recueilli, p. 440 suiv.).

(65) Lenel, Palingenesia, t. 1, p. 176. Le fr. 39 était relatif au legs d'un pécule (Lenel, *op. cit.*, p. 178).

(66) *Idque*, d'après Von Tuhr, introduit un nouveau groupe d'éléments, ceux pour lesquels la concession est requise.

complet n'est que la suite d'une plus longue liste d'exemples comme le montrent les mots : *et ex eo*.

On doit, en réalité, traduire différemment ce texte. La proposition *idque etc.*, au lieu de viser en bloc tous les cas où l'augmentation du pécule découle de la concession du maître, semble plutôt énoncer l'exigence du *permissus domini* pour l'imputation au pécule des acquisitions indiquées auparavant ⁽⁶⁷⁾. Cette interprétation, qui est celle des Basiliques et de Cyrille ⁽⁶⁸⁾, donne un bien meilleur sens à *idque*. Il semble résulter du texte, ainsi compris, le contraire de ce que von Tuhr en a voulu déduire. Mais pouvons-nous sérieusement penser qu'à l'époque de Florentinus les gains *ex re aliena*, en général, ou du moins les économies faites par le *subjectus* et les dons rémunératoires dont celui-ci était l'objet, ne pouvaient accroître le pécule que grâce à une concession du maître ? Cela est inadmissible, même en tenant compte du fait qu'il s'agit ici de l'évaluation du pécule légué et non de la fixation de la condamnation *de peculio* ⁽⁶⁹⁾. Si réellement le fr. 39 impose l'autorisation du maître comme condition de l'attribution au pécule des économies et dons rémunératoires, il ne contient pas le droit en vi-

(67) V. en ce sens Keller, Bekkers Jahrb., t. 2, p. 159 et Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 70.

(68) Basil. lib. 18, Tit. 5 cap. 39 (Zachariæ Supplementum Heimb. t. 2, p. 226) : “ πεκούλιον συνίσταται καὶ ἐξ ὧν διὰ τῆς οἰκίας φειδούς ἢ ἀποδοιρεῖς ὁ δούλος κτήσεται, τοῦ δεσπότου θέλοντος αὐτὰ οὐσίαν εἶναι τοῦ δούλου ” (*Peculium consistit etiam ex iis, quæ parcimonia sua vel ex donatione servus acquisivit, si dominus ea voluerit patrimonium servi esse*).

Cyrille ad l. 39 (sch. 163) : “ πεκούλιον ἐστὶ, ὅπερ ἢ φειδοῦ [x] τᾶ [ται ὁ] δούλος [z] κατὰ [δοιρεῖν] καὶ τούτο θέλει αὐτὸν ἔχειν ὁ δεσποτὴς ” (*Peculium est, quod vel parcimonia servus quæsit vel donatum accepit, idque eum habere vult dominus*).

(69) On pourrait supposer que les jurisconsultes évaluaient, dans ce cas, plus rigoureusement le contenu du pécule; mais le texte de Julien déjà cité nous montre le contraire (fr. 8, § 8 D. 33-8).

gueur à l'époque de Florentinus, mais une ancienne doctrine, ici suivie ou énoncée par le jurisconsulte. Cette doctrine serait même certainement antérieure à Labéon, Sabinus et Cassius. En effet, ces jurisconsultes, qui attribuent de plein droit au pécule les donations, hérédités et legs adressés au *subjecti*, devaient à plus forte raison ne pas exiger une concession pour des gains de moindre valeur, en général ignorés du maître, et que celui-ci laissait toujours à ses esclaves selon une très vieille coutume.

Il n'est question dans ce texte que des dons rémunérateurs et des économies. Mais, si on exige une concession pour de tels gains, on doit *a priori* en exiger une pour tous les autres. Une objection sérieuse peut être faite alors. Notre texte n'est que la fin d'une plus longue dissertation où Florentinus énonçait les différents biens qui pouvaient avoir accru le pécule légué. Si la concession avait été toujours nécessaire, il eût suffi au jurisconsulte d'indiquer dans une brève formule, à la place de cette énumération inutile, que le pécule se composait de tout ce que le *paterfamilias* avait concédé. On peut se demander, dans ces conditions, si la limite *idque etc.* a bien réellement la portée qu'on est au premier abord tenté de lui donner. En effet, si les premiers jurisconsultes classiques écartent la nécessité d'une concession pour certaines acquisitions postérieures à la concession initiale, c'est en impliquant dans cette dernière le *permissus* nécessaire à l'attribution au pécule de ces acquisitions. De même, les jurisconsultes plus tardifs, qui admettent la formation du pécule dans certains cas en dehors de

toute concession, n'enlèvent pas toute importance à la volonté du maître, qui peut encore intervenir dans un sens négatif, ce qui leur permet de rester en apparence dans les limites de la définition de Tubéron, alors même qu'ils s'écartent de celle-ci considérablement. La phrase *idque* pouvait, sous une forme un peu maladroite, désigner simplement cette volonté qui se déduit de la non intervention du maître pour interdire ou détruire l'augmentation du pécule. Enfin, ce texte est fort suspect ⁽⁷⁰⁾ et il nous semble avoir été l'objet, sinon d'interpolations volontaires, du moins d'altérations qui en ont déformé le sens. Non seulement il est incomplet, mais il est encore incorrect (*paravit* au lieu de *paraverit*) et inélégant (le mot *quis* désignant dans la même phrase et relativement aux mêmes hypothèses une fois l'esclave, une autre fois le maître). Peut-être une ou plusieurs phrases, effacées au moment de la compilation, séparaient-elles dans le texte original de Florentinus les deux parties du passage, resserrées ensuite par les compilateurs. Cela nous semble très vraisemblable. Florentinus qui énumérait les différents biens qui pouvaient composer le pécule légué, ne pouvait pas passer sous silence les *res* directement remises par le *paterfamilias* au *subjectus*, mais il devait nécessairement ajouter que de tels biens, à la différence des autres, devaient être concédés.

Nous pouvons affirmer, malgré ce fr. 39 h. t., que la jurisprudence romaine a fait de très bonne heure

(70) Cf. Seckel au mot « *peculium* ».

une distinction entre les acquisitions provenant directement de la *res patris* et les autres, pour n'exiger une concession qu'au regard des premières. On comprend cette différence de traitement. Dans la mesure où l'acquisition prend l'aspect d'une donation du *paterfamilias* au *subjectus*, la volonté du premier est nécessaire, comme le serait celle d'un tiers donateur. Mais on ne pouvait pas obliger le maître à contrôler toutes les acquisitions du pécule. Un pareil contrôle ne pouvait être que difficilement exercé et il eût été souvent impossible. Surtout, les règles admises touchant les acquisitions autres que celles provenant directement de la *res patris*, ne rompaient pas avec la conception de Tubéron qui faisait du pécule la création pleinement voulue du *paterfamilias*. Sans doute, la composition du pécule souleva dès lors plus une question de droit que de fait. Mais la volonté du maître n'était pas, du moins en apparence, complètement écartée. En concédant un pécule au *subjectus* le *paterfamilias* est censé autoriser à l'avance celui-ci à faire pour son pécule les gains que la jurisprudence y fait tomber de plein droit ⁽⁷¹⁾. L'explication nous est donnée par Sabinus, Cassius et Julien relativement aux acquisitions possessoires ⁽⁷²⁾, et c'est en raisonnant d'une façon semblable que Celsus justifie la concession d'un pécule fait au vicaire par l'ordinaire ⁽⁷³⁾. Mais si on ne voulait pas reconnaître à l'*in potestate*

(71) V. en ce sens Karlowa, R. R., t. 2, p. 1135. Mais l'explication n'est bonne qu'autant qu'une concession fut nécessaire pour la formation du pécule.

(72) Fr. 1, § 5 D. 41-2.

(73) Fr. 6 D. 15-1 (sur ce texte v. *supra*, p. 243 suiv.).

une propre capacité d'acquérir pour son pécule il fallait maintenir la nécessité d'une *concessio peculii* initiale.

§ III. — LE ROLE DE LA VOLONTÉ DU « PATERFAMILIAS »
DANS LA FORMATION ET LE DÉVELOPPEMENT DU
PÉCULE PENDANT LA SECONDE MOITIÉ DE L'ÉPO-
QUE CLASSIQUE.

I. La doctrine de Marcellus, rapportée et adoptée par Ulpien : c'est celle émise déjà, mais sans succès, par Proculus. — Le pécule peut se constituer *ex re aliena* sans concession. — A) Étude du fr. 7, § 1, D. 15-1. — B) Étude du fr. 7, § 3 h. t. — C) Étude du fr. 3, §§ 3 et 4 h. t. — II. La doctrine intermédiaire de Pomponius. — La concession exigée encore par ce jurisconsulte même lorsque le pécule se forme *ex re aliena* peut être dans ce cas tacite ou même présumée. — III. La doctrine de Marcellus comparée à celle de Pomponius. — IV. Le succès de la doctrine de Marcellus. — Elle est adoptée non seulement par Ulpien mais par Paul, par Papinien et par Marcien.

I. — Malgré les raisons très sérieuses qui avaient fait maintenir jusqu'à l'époque de Celsus la nécessité d'une concession initiale et qui avaient causé l'échec de la doctrine hardie de Proculus, la jurisprudence romaine, sous l'influence de la pratique, s'éloigna de plus en plus de la formule de Tubéron au cours du second siècle de l'ère chrétienne. Les règles admises par les anciens jurisconsultes, touchant les accroissements du pécule, furent étendues à la formation de celui-ci, si bien qu'à l'époque de Marcellus et d'Ulpien le pécule pouvait apparaître *ex re aliena* sans une concession du maître. Pour cette période, la théorie de Dietzél nous semble pleinement justifiée.

En ce qui concerne l'augmentation du pécule créé, on conserva les règles suivies par les anciens juricons-

sultes (1). Pour la formation du pécule, on distinguait suivant que le premier actif du pécule provenait directement de la *res patris* ou *ex re aliena*. Dans le premier cas, une concession expresse fut toujours requise (2). Dans le second cas, après s'être contenté de simples concessions tacites, on finit par écarter complètement la nécessité d'une concession. A l'époque de Marcellus et d'Ulpien cette évolution est terminée.

A. — Un des textes les plus importants en cette matière est le fr. 7, § 1, D. 15-1. Ulpien, après avoir rapporté au fr. 5 h. t. la définition de Tubéron, et après nous avoir dit au fr. 7 pr. h. t. (suite du fr. 5) que celle-ci était approuvée par Celsus, continue en ces termes au paragraphe 1 : « *Et adicit pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse : verum ante constitutum, id est ante furorem, vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. Quæ sententia vera est et congruit cum eo, quod Marcellus apud Julianum notans adicit posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non, ut puta si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus, si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi concedente domino: ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat. Alia causa est peculii liberæ administrationis: nam hæc [specialiter] (3) concedenda est* ». Jusqu'à : *hæc congruit cum eo*, ce texte ne soulève aucune difficulté. Celsus, dont la doctrine

(1) V. *supra*, p. 251 suiv.

(2) V. fr. 3, § 3 et 4; 4 pr., § 2; 7, § 1; 8 D. 15-1.

(3) Sur l'interpolation du mot *specialiter* v. *infra*, p. 280.

est ici adoptée complètement par Ulpien, enseigne que, ni le pupille, ni le *curator furiosi* ne peuvent concéder un pécule, mais que le pécule constitué avant le décès ou la folie du maître n'est pas de plein droit retiré en suite de ces événements.

Des interprétations fort diverses ont été données, par contre, à la deuxième partie du texte et c'est sur elle surtout qu'ont porté les controverses relatives à la *concessio peculii*.

Il y avait-il, comme on l'a soutenu, désaccord entre Julien et Marcellus ou entre ce dernier et Ulpien ⁽⁴⁾ ? Cette partie du texte était-elle relative au maintien d'un pécule antérieurement concédé ou à la formation de celui-ci pendant l'impuberté ou la démence du maître et affirmait-elle la non-exigence d'une concession à l'origine du pécule ⁽⁵⁾ ?

(4) Selon Dietzel (Bekkers Jahrb., t. 2, p. 12) Julien, Marcellus et Ulpien seraient du même avis; pour eux, *non esse opus concedi peculium a domino servum habere sed non adimi ut habeat*. Pour Keller (Bekkers Jahrb., t. 2, p. 155), ce passage contiendrait une double citation : c'est Julien, d'après Marcellus, qui nous dirait : « *posse fieri, ut... vel pupillus* »; viendraient ensuite les rectifications de Marcellus. Karlowa, R. R., t. 2, p. 1133 n. 3, au contraire, pense que tout le passage, depuis *posse fieri* jusqu'à *ego*, doit être attribué à Marcellus, tandis qu'à partir de *ego autem* c'est Ulpien lui-même qui prend la parole pour réfuter Marcellus.

MM. Vermond et Giannetto Longo pensent également que la citation de Marcellus par Ulpien s'arrête à « *concedente domino* ». V. l'ouvrage de M. Vermond, *de jure rerum corporalium privatorum*, Paris, 1928, t. I, p. 107, et l'article de M. Giannetto Longo, *Il concetto classico e il concetto giustiniano di « administratio peculii »*. *Archivio Giuridico*, t. 16 (4^e série) fasc. 2, 1928, p. 195. Mommsen et M. Lenel (Paligenesia, t. 2, p. 596) attribuent à Marcellus les mots : *posse fieri... ut habeat*.

(5) Pour Dietzel (l. c.) Ulpien, Julien et Marcellus étaient d'avis que le pécule pouvait se former sans aucune concession. Karlowa applique également ce passage à la constitution du pécule et il croit qu'il était ici question d'une concession tacite ou présumable, à son avis suffisante relativement aux acquisitions *ex re aliena*. Keller (*op. cit.*, p. 156) et Mandry (*op. cit.*, t. 2, p. 71) pensent, au contraire, qu'il n'était ici question que de la survie du pécule constituée *ante furorem vel a patre pupilli*. Cf. Vermond et G. Longo, l. l. c. c. Selon Keller, Julien aurait dit qu'il pouvait arriver qu'un esclave

Il n'est guère possible de voir avec Keller ⁽⁶⁾ une citation de Julien dans les mots : « *posse fieri etc...* ». Cette phrase est, en effet, introduite par le verbe *adicit*, dont le sujet est Marcellus et rien ne peut laisser supposer que Marcellus ait repris pour les réfuter les paroles mêmes de Julien ⁽⁷⁾.

A partir de *ego autem puto*, est-ce Marcellus ou Ulpien qui parle ? C'est, à notre avis, encore Marcellus. Ulpien déjà auparavant emploie le discours direct pour citer ce jurisconsulte et la phrase : *ego autem...* est la suite logique de celle qui précède. La fin du paragraphe : *alia causa etc...* est une addition d'Ulpien. Celui-ci suivait la doctrine de Marcellus.

Quelle était cette doctrine ?

A notre avis, des règles juridiques diverses étaient énoncées dans ce texte avant et après : *et congruit cum*

commun ait un pécule auprès de l'un de ses maîtres et pas auprès de l'autre; à quoi Marcellus aurait ajouté : Si, l'esclave, comme quelques-uns le pensent ne peut avoir un pécule que grâce à une concession du *dominus* actuel (non par le simple fait de la non ademption du pécule valablement concédé auparavant); mais moi (Marcellus) j'estime que la non-ademption suffit (pour la continuation du pécule) — non pour la *libera administratio* pour laquelle il faut de la part du nouveau maître une concession positive.

(6) L. c.

(7) Peut-être Julien n'envisageait-il pas cette hypothèse. Il semble résulter *a contrario* du fr. 16 h. t. (Julien, *lib. 12 dig.*) que lorsqu'un des maîtres du *servus communis* concédait à celui-ci un objet, sans en retenir l'exclusive propriété, cet objet devenait commun et faisait entièrement partie du pécule. La concession n'était nécessaire que de la part du maître qui prenait un bien dans son patrimoine pour le donner au *servus communis*. Il n'était pas nécessaire que l'autre maître concède également en pécule la part indivise qu'il avait acquise par l'intermédiaire de l'esclave. Si le maître non concédant était un pupille ou un fou, l'esclave pouvait avoir auprès de lui un pécule constitué postérieurement à la déminence ou au décès du père. Mais Marcellus pousse dans ses conséquences extrêmes l'ancienne théorie de la *concessio peculii* qu'il n'admet pas. S'il faut une concession du maître pour que l'esclave ait un pécule le *servus communis* n'aura pas de pécule auprès du maître pupille ou fou car, même la part indivise de ce que l'esclave a reçu de l'autre maître (à plus forte raison de tiers) doit être concédée. On pourrait également supposer que Marcellus sous-entendait une concession faite par l'autre maître avec retenue de propriété.

eo. Tandis que Celsus consacrait le maintien des pécules concédés antérieurement au décès du père ou à la folie du maître, Marcellus, écartant la nécessité d'une concession pour la formation du pécule, permettait la création de ce dernier pendant l'impuberté ou la démence du maître.

Par les mots: *quæ sententia vera est*, Ulpien adopte la décision de Celsus. L'opinion de Celsus, également suivie par Pedius ⁽⁸⁾, était sans doute admise sans contestation à l'époque d'Ulpien et il est peu vraisemblable qu'elle ait été encore combattue par des contemporains de Marcellus. La règle énoncée par Celsus présentait, tout d'abord, un intérêt pratique indéniable. Grâce au maintien des concessions antérieures, bon nombre d'esclaves de pupilles ou de fous pouvaient avoir un pécule, bien qu'il ne soit pas permis à leur maître de leur en donner un. La règle était tout à l'avantage de l'incapable. Elle ne présentait pour lui aucun danger car la concession antérieure au décès du père ou à la démence du maître n'a pas été *a priori* faite inconsidérément et le pupille comme le curateur peuvent retirer le pécule si l'esclave en fait un mauvais usage. Or, le pécule était bien souvent une source de profits directs ou indirects importants pour le maître et c'eût été protéger bien maladroitement le pupille ou le fou que de le priver sans motif de ces avantages. Ce motif, juridiquement, n'existait pas. Notre règle n'était pas, en effet, contraire à la définition de Tubéron. Cette formule n'avait pas tranché deux ques-

(8) Fr. 3, § 3 D. 15-1.

tions que la pratique devait soulever : 1° Le pupille assisté de son tuteur et le *curator furiosi* peuvent-ils concéder un pécule ? 2° Le pécule constitué avant le décès du père ou la folie du maître subsiste-t-il après ces événements ? Les jurisconsultes répondirent négativement à la première question, parce que la concession leur apparaissait comme une sorte de donation. Ils admirent, au contraire, la survie du pécule antérieurement constitué. Sans doute, la volonté de concéder, qui doit se manifester expressément à l'origine du pécule, doit également subsister par la suite, sinon le pécule disparaît (9). Mais cette volonté est présumée jusqu'à l'ademption, ou plutôt on n'exige plus une *velle* mais une *non nolle* et dans le fait de laisser le pécule on ne voit pas un acte analogue à une donation et comme tel interdit au pupille et au curateur. La doctrine de Celsus n'écartait pas la nécessité d'une concession initiale, elle permettait simplement au pupille ou au curateur d'avoir valablement la volonté nécessaire au maintien du pécule créé.

Si, au contraire, Marcellus, comme il nous semble, soutenait que la concession du maître n'était pas nécessaire pour la formation du pécule, sa théorie, qui pouvait être jugée contraire à la formule de Tubéron à laquelle on s'était tout d'abord strictement tenu, devait plus facilement rencontrer l'opposition de ses contemporains. Cette interprétation, déjà rendue très vraisemblable par ces considérations, apparaît seule plausible, si on lit le texte sans le compléter arbitrai-

(9) Fr. 8 D. 15-1 (Paulus *lib. 4 ad Sabin.*) : « ... *Simul atque noluit peculium servi desinit peculium esse* ».

rement. Marcellus se place à un point de vue général et il fait dépendre la solution à admettre dans le cas spécial qu'il étudie des règles normales relatives à la constitution du pécule. Il nous dit que l'esclave de deux maîtres, dont l'un est pupille ou fou, n'aura pas de pécule auprès de ce dernier, si, comme quelques-uns le pensent, l'esclave ne peut avoir un pécule que par une concession de son maître. Il est certain que le jurisconsulte ne se serait pas exprimé en ces termes s'il avait voulu exposer une théorie contraire à celle de Celsus, puisque celui-ci admettait lui-même la nécessité d'une concession à l'origine du pécule. Mais surtout il n'y avait pas à exiger à nouveau une concession proprement dite après la démence du maître ou le décès du père, puisque le pécule avait été valablement constitué dans le premier cas par le *dominus* actuel, dans le second par celui dont le nouveau maître occupe la place ⁽¹⁰⁾. La seule question qui pouvait se poser, et la seule qui soit examinée par Celsus, était celle de savoir si la volonté qui doit subsister après la concession pouvait valablement exister ou être présumée chez le pupille ou le curateur. Il s'agit donc dans la deuxième partie du texte de la constitution du pécule à un moment où le maître est incapable d'en concéder un et, dans la phrase : *ego autem...*, Marcellus affirmait bien la non-exigence d'une concession pour la formation du pécule.

Mais, a-t-on objecté, il ne peut pas en être ainsi parce qu'Ulpien, par les mots : *et congruit cum eo*, nous

(10) Il en serait autrement en cas de vente.

présente lui-même la théorie de Marcellus comme en parfait accord avec celles de Tubéron et de Celsus ; de plus, Ulpien, qui fait sienne la définition de Tubéron, adopte également la façon de voir de Marcellus ⁽¹¹⁾. En réalité, par les mots : *et congruit cum eo*, le jurisconsulte ne veut pas nous dire qu'il s'agit de la même question tranchée dans le même sens par Celsus et Marcellus, mais que les questions soulevées par ces jurisconsultes sont connexes et qu'il y a une certaine analogie entre les solutions qu'ils proposent. Qu'on le remarque, la doctrine de Marcellus présuppose nécessairement la règle de Celsus. Si, pour qu'un esclave ait actuellement un pécule, il suffit que son maître ne lui retire pas celui qu'il s'est constitué, tout se ramène encore à une question de non-ademption ; or, la volonté de laisser le pécule déjà créé est, selon Celsus, permise au pupille et au curateur.

Ulpien faisait-il sienne la définition de Tubéron ? Pas nécessairement, il devait la rapporter parce qu'elle est le point de départ de toute la discussion. C'est d'elle, en effet, que pouvaient naître des doutes, soit contre la doctrine de Celsus, soit, et surtout, contre celle de Marcellus. Ulpien n'approuve, ni ne rejette la formule de Tubéron ; il devait songer plutôt à biaiser avec elle qu'à la combattre directement. Il expose des théories diverses, qu'il adopte, et dont l'une d'entre elles semble ne pas concorder avec cette formule. Cette théorie, toutefois, ne heurte pas directement la définition de Tubéron ; elle n'écarte pas, en effet, com-

(11) Keller, *op. cit.* p. 155.

plètement la volonté du maître, puisqu'elle permet à celle-ci d'intervenir dans un sens négatif pour retirer le pécule déjà créé ou en interdire la constitution. Ulpien nous présente assez habilement les choses et il estompe dans la mesure du possible les différences qui séparent sa doctrine et celle de Marcellus de l'ancienne conception. Si nous reprenons en sens inverse les principales périodes du raisonnement, nous dirons : la doctrine de Marcellus est une extension de celle de Celsus dont elle suppose l'exactitude (*et congruit cum eo*), or, Celsus lui-même adopte la définition de Tubéron (*quam Tuberonis sententiam et ipse Celsus probat*). Nous revenons ainsi, par une sorte de syllogisme, à la définition de Tubéron, comme s'il n'y avait pas entre celle-ci et la doctrine de Marcellus un abîme infranchissable.

Il faut admettre que, dans notre texte, une distinction était faite par Ulpien et Marcellus suivant que le pécule était formé *ex re patris* ou d'une autre façon. Dans le premier cas, une concession était encore nécessaire et pour cette raison Ulpien approuve Celsus lorsque celui-ci nous dit : « *pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse* ». Dans le deuxième, la concession n'était plus exigée; aussi Ulpien nous dit-il, avec Marcellus : « *non esse opus concedi peculium a domino servum habere* ».

B. — Un autre passage, inséré au paragraphe 3 du même fragment, pourrait laisser croire qu'Ulpien exigeait une concession à l'origine du pécule. Ulpien nous dit, en effet, « *Pupillum autem tam filium quam servum peculium habere posse, Pedius lib. 15 scribit, cum*

in ⁽¹²⁾ *hoc inquit totum ex domini constitutione pendeat. Ergo et si furere cœperit servus vel filius retinebunt peculium* ⁽¹³⁾. Pedius décide que l'esclave et le fils pupilles peuvent avoir un pécule, parce que, en cette matière, tout dépend de la volonté du maître. Ulpien, non seulement ne contredit pas la décision de l'ancien jurisconsulte, mais il semble plutôt l'adopter puisqu'il en déduit cette conséquence : « *ergo et si...* ». En réalité, par *constitutio domini*, Pedius et Ulpien n'entendaient pas tout à fait la même chose : la phrase : *ergo...* semble en témoigner. La *constitutio domini* pour Pedius est une concession, une autorisation expresse, et, comme le pécule est à son avis, l'œuvre exclusive du *paterfamilias*, celui-ci peut en concéder un à qui il veut (*cum totum ex domini constitutione pendeat*) ; mais Pedius aurait difficilement déduit de cette règle la conséquence : *ergo etc...* Dans l'ancienne doctrine suivie par Pedius, la constitution du pécule et son maintien obéissaient à des règles diverses. Il fallait, pour la constitution du pécule, une autorisation expresse, pour le maintien du pécule il suffisait que le maître n'en fasse pas l'ademption. Lorsque Pedius nous dit : *Pupillum tam filium quam servum peculium habere posse*, il veut nous dire que le *paterfamilias* peut concéder un pécule à son fils ou à son esclave pupille parce que tout dépend de la *constitutio domini*. Cette même raison n'a plus de valeur en ce qui concerne le maintien du pécule d'un esclave ou fils

(12) Le mot *in* est effacé par M. Fadda, selon Index Interpol.

(13) Dans la phrase : *ergo etc...*, les mots : *vel filius* et le pluriel *retinebunt* émanent vraisemblablement des compilateurs. L'interpolation est d'ailleurs purement formelle.

devenu fou, car le pécule a été constitué à un moment où le *subjectus* était sain d'esprit et rien ne laisse supposer que la même concession de pécule ait été faite si le *subjectus* avait déjà été atteint d'aliénation mentale. La volonté du maître ne s'est pas manifestée à nouveau et, si le *subjectus* réside loin du *paterfamilias*, celui-ci, pendant un délai plus ou moins long, ignorera son état de démence. Pedius aurait probablement suivi la même règle qu'Ulpien, mais il ne pouvait pas la présenter comme une conséquence logique du fait que le maître peut concéder un pécule à qui il veut et encore moins le justifier par la *constitutio domini*. Il en est bien différemment pour Ulpien. Ce jurisconsulte ne distingue plus entre la formation et la survie du pécule, le *non adimere* ou le *non prohibere* suffisent dorénavant dans un cas comme dans l'autre. Ulpien, qui fait entrer dans le *permissus domini* de Tubéron la non intervention du maître dans un sens négatif, donne la même signification à la *constitutio domini* de Pedius. La règle de Pedius, ainsi comprise et déviée de sa signification première, justifie alors pleinement cette autre règle qu'Ulpien nous présente comme en étant la conséquence logique : *ergo etc...*

C. — L'interprétation que nous avons donnée au fr. 7, § 1, D. 15-1 nous semble confirmée par un autre texte extrait du même ouvrage d'Ulpien, le fr. 3, §§ 3 et 4 h. t. ⁽¹⁴⁾. Au § 3, Ulpien se contente de citer Pedius

(14) Fr. 3, § 3 et 4 D. 15-1 (Ulp. lib. 29 ad ed.) : « § 3 Pedius etiam impuberes dominos de peculio obligari ait : non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes. Idem adicit pupillum non posse servo peculium constituere nec tutoris auctoritate ». § 4 : « In furiosi quoque curatorem dicimus dandam de peculio actionem nam et hujus servus peculium habere

(*Pedius... ait... idem adicit*); au § 4, il expose sa propre façon de voir (*dicimus*). Or, entre les doctrines exposées dans ces deux paragraphes, il y a une certaine divergence qu'il importe de relever.

Au § 3, Pedius, cité par Ulpien, énonce la règle même qui est défendue par Celsus au début du § 1 du fr. 7 h. t. Il nous dit que le maître impubère peut être poursuivi par l'action *de peculio*; mais il ajoute que le pupille ne peut pas constituer un pécule. Pedius ne fait aucune distinction suivant l'origine du pécule. On doit déduire de cela que, pour lui, comme pour Celsus, l'esclave de l'impubère n'avait un pécule que s'il en possédait déjà un avant le décès du père. Il y a entre les paragraphes 3 et 4 une coupure et les deux passages ne se suivaient sans doute pas dans le texte original d'Ulpien. Ce dernier complétait vraisemblablement la doctrine de Pedius par celle de Marcellus.

potest, non si fuerit concessum, ut habeat, sed si non fuerit prohibitum, ne habeat ».

M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 46, 1926, p. 272) propose de lire ainsi le § 3 : *Pedius... contrahi Idem adicit pupillum non posse servo peculium constituere sine tutoris auctoritate* ». La première retouche que M. Beseler apporte à ce texte est admissible (*contrahi*, au lieu de *contrahitur* et suppression des mots : *ut tutoris species*); la seconde ne l'est pas. Il résulterait de ce § 3 ainsi modifié que le pupille pouvait valablement concéder un pécule avec l'*auctoritas* de son tuteur; or cela est contredit par le fr. 7, § 1, dont M. Beseler ne soutient pas, à notre connaissance, l'interpolation. Le fr. 7, § 1, sans doute, ne dit pas expressément que le pupille ne peut pas concéder un pécule *tutore auctore*; mais cela ne résulte pas moins de ce texte implicitement. Celsus nous dit au début du § 1 que le pupille ne peut pas constituer un pécule et il ajoute en opposition à cela : « *verum ante constitutum non adimetur ex his causis* ». Si l'*auctoritas* du tuteur avait validé la concession, Celsus nous l'aurait certainement dit. De même, si le pupille pouvait concéder *tutore auctore*, Marcellus nous dirait-il, dans la deuxième partie du paragraphe : *posse fieri, ut ex dominis servus peculium habeat apud alterum, apud alterum non; utputa si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus ?* ».

Au § 4, Ulpien, relativement à l'esclave du *furiosus*, nous expose une théorie, au premier abord semblable, mais, en réalité, fort distincte de celles de Pedius et de Celsus. Il est également possible, dit Ulpien, d'intenter une action *de peculio* contre le *curator furiosi*, car l'esclave du *furiosus* lui aussi peut avoir un pécule. Ulpien s'explique : cet esclave aura un pécule, dit-il, non s'il lui en est concédé un, mais s'il ne lui est pas fait défense d'en avoir un (*si non fuerit prohibitum ne habeat*). La doctrine suivie ici par Ulpien n'est pas celle de Celsus et de Pedius, mais celle de Marcellus. S'il s'agissait du maintien d'un pécule antérieurement concédé, le jurisconsulte nous dirait-il : « *hujus servus peculium habere potest, non si fuerit concessum, ut habeat, sed si non fuerit prohibitum ne habeat* » ? Les mots : *prohibitum ne habeat* visent manifestement une défense faite pour l'avenir. Ainsi, l'esclave du *furiosus* n'aura pas un pécule s'il lui en est concédé un, car la concession faite par le curateur est nulle ; mais il en aura un s'il ne lui est pas fait défense de s'en constituer un, parce que ce que l'esclave acquiert constitue un pécule, sans qu'il soit besoin d'une concession. Le *non adimere* suffisait dans ce cas pour Marcellus, pour Ulpien le *non prohibere*.

II. — L'étude d'une doctrine moins large, soutenue par Pomponius, relativement à la formation du pécule, fera mieux comprendre celle de Marcellus et d'Ulpien qu'elle a suscitée.

La doctrine de Pomponius nous est rapportée par

les compilateurs, en partie directement au fr. 49 pr. h. t., en partie indirectement, dans une citation d'Ulprien, au fr. 7, § 2. Dans le premier de ces textes, le jurisconsulte admet que la concession soit présumée relativement à certaines acquisitions faites par le *subjectus*. Il nous dit, en effet (fr. 49 pr., Pomponius *lib. 4 ad Quintum Mucium*) : « *Non solum id peculium est, quod dominus servo concessit, verum id quoque, quod ignorante quidem eo acquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio* » (15). On a soutenu que Pomponius se plaçait dans l'hypothèse, où le maître avait fait à l'avance une concession générale (16) ; mais cela ne nous est pas dit dans ce texte et le contraire semble plutôt en résulter. S'il y avait eu déjà une concession générale les acquisitions faites dans les limites de cette concession formeraient un pécule immédiatement et la volonté du maître, déjà connue, ne serait pas à rechercher.

On a prétendu encore qu'il s'agissait ici, non de la constitution, mais de l'accroissement du pécule (17), ce qui n'est pas plus admissible. Pomponius nous dit : *id*

(15) M. Di Marzo (cité par Index Interp., ad h. l.) supprime dans ce texte les mots : *tamen si rescisset, passurus erat esse in peculio*. Ce texte est relatif, non aux accroissements du pécule, mais à la constitution de celui-ci (*peculium est*). Pomponius nous affirmerait donc que le pécule peut se constituer *ignorante domino*, sans préciser s'il n'en est ainsi que lorsque la volonté de concession du maître est présumable. Or, ce même jurisconsulte, au fr. 7, § 2, exige pour la constitution du pécule *ex re aliena* l'assentiment tacite du maître. Si nous supprimons la phrase : *tamen...* les fr. 7, § 2 et 49 pr. semblent se contredire, tandis qu'il est aisé de les concilier, si on les accepte dans la forme où la compilation les a transmis.

(16) Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 80.

(17) Keller, *op. cit.*, p. 157.

peculium est, non: id peculli est. D'autre part, les jurisconsultes, qui exigent une concession initiale, voient dans celle-ci une autorisation implicite pour toutes les acquisitions postérieures. Pomponius aurait-il cru nécessaire, dans ces conditions, de revenir sur une règle incontestée à son époque et de lui donner une justification autre que celle pleinement satisfaisante dont se contentaient déjà Sabinus et Cassius (18) ?

Mais, si au fr. 49 pr. cité Pomponius admet la formation du pécule dans certains cas *ignorante domino*, par contre, au fr. 7, § 2, il semble exiger pour celle-ci la connaissance du maître : « *Scire autem non utique singulas res debet*, nous dit ici Ulpien, *sed παχυμερεστερον (id est, pinguius)*; *et in hanc sententiam Pomponius inclinat* ». D'après ce passage le maître doit connaître, sinon chacune des *res peculiares*, du moins l'existence du pécule lui-même.

Il n'y a entre ces textes qu'une apparente contradiction.

(18) Cependant ce texte, extrait du livre 4 de Pomponius *ad Q. Mucium*, est relatif au legs du pécule (v. Lenel, *Palingenesia*, t. 2, p. 62); or, en matière de legs, c'est, semble-t-il, la question de la consistance du pécule, non celle de son existence, qui devait se poser. En réalité, il pouvait arriver que l'une et l'autre de ces questions soient soulevées à l'occasion des legs de péculs. En effet, le testateur pouvait léguer sans précision tous ses esclaves avec leur pécule (v. fr. 52 pr., D. 30). Il fallait dans ce cas, non seulement établir la valeur de chaque pécule, mais encore rechercher quels étaient les esclaves qui avaient un pécule, l'existence du pécule auprès de tous les esclaves légués n'étant pas impliquée par la disposition testamentaire. Il n'est donc pas, *a priori*, inadmissible que Pomponius se soit occupé de la constitution du pécule au fr. 49, et nous avons indiqué pour quelles raisons ce texte ne peut avoir trait qu'à la constitution du pécule. Il en est autrement par exemple du fr. 39 D. 15-1, de Florentinus également relatif au *peculium legatum*. Ici, le jurisconsulte indique les biens qui peuvent composer le pécule légué dont il suppose l'existence.

Au fr. 7, § 2, c'est un principe général qui est énoncé. Lorsque le pécule est formé *ex re aliena*, Pomponius à la différence des anciens juristes, n'exige pas une concession expresse, mais il veut au moins une concession tacite et celle-ci consiste dans le fait de laisser au *subjectus* en connaissance de cause (*scire*) les bien qu'il a acquis. Le fr. 49 apporte une exception à ce principe et celui-ci est ici sous-entendu. Pomponius emploie le verbe *concedere* dans un sens large ; il entend par là, non seulement la concession expresse qui accompagne la remise par le *paterfamilias* au *subjectus* d'un objet resté jusqu'à ce jour en la possession du premier, mais la concession tacite qui consiste dans le fait de laisser au *subjectus*, en connaissance de cause, ce qu'il a acquis. L'allusion à cette concession tacite est manifeste ; elle se trouve dans les mots : *tamen si rescisset passurus erat esse in peculio*.

III. — Les doctrines de Pomponius, d'une part, de Marcellus et d'Ulpien, de l'autre, diffèrent profondément. Dans la doctrine de Pomponius, la concession du maître est encore nécessaire, en principe, pour la constitution du pécule. Si la concession tacite, seule exigée lorsque le pécule ne provient pas directement de la *res patris*, peut être présumée, la présomption n'est qu'exceptionnelle et vraisemblablement d'un caractère subjectif. Dans l'idée du jurisconsulte, on devait se demander si tel maître, dans tel cas déterminé, aurait, en connaissance de cause, toléré que son esclave garde ce qu'il a acquis. Ulpien et Marcellus n'exigent même pas une concession tacite : le pécule

à leur avis naît dès qu'une acquisition est faite par le *subjectus*, que ce soit à la connaissance ou à l'insu du maître, et sans qu'il y ait à rechercher la volonté probable de ce dernier. Telle était certainement la pensée d'Ulpien, pour lequel seule une défense préalable du maître pouvait empêcher la formation du pécule.

Les compilateurs adoptent dans ses conséquences la doctrine de Marcellus et d'Ulpien, mais il semble qu'ils aient voulu en adoucir l'expression et la confondre avec celle de Pomponius, malgré les différences profondes qui séparent l'une et l'autre de ces doctrines. Ils ont inséré dans ce but au § 2 du fr. 7 la partie du livre 29 *ad edictum* où Ulpien rapportait l'opinion de Pomponius, et ils ont, maladroitement d'ailleurs, établi une liaison entre les paragraphes 1 et 2 par l'introduction du mot *specialiter* dans cette remarque d'Ulpien : « *Alia causa est peculii liberae administrationis: nam hæc [specialiter] concedenda est* (19) ». On pour-

(19) La phrase : *alia, causa, etc.*, est déclarée interpolée par MM. Giannetto Longo et Albertario (V. Giannetto Longo, *Il concetto classico e il concetto giustiniano di administratio peculii*. — *Archivio Giuridico*, t. 16 (4^e série) 1928, p. 184 suiv.; Albertario, *Sulla libera administratio peculii*. — *Rendiconti Lombardo*, t. 61 (2^e série) 1928, p. 833 suiv.). Ces auteurs pensent, en effet, que les Byzantins ont été les premiers à exiger pour la validité de certains actes du *subjectus* une autorisation préalable d'administrer le pécule. Pour M. G. Longo, la phrase incriminée rompt brusquement un raisonnement logique d'Ulpien, qui commence par : *ego autem* et se continue au paragraphe suivant. Au point de vue de la forme, M. G. Longo signale, avec raison, que l'adverbe *specialiter* est suspect. Seul le mot *specialiter* doit être effacé. A l'époque d'Ulpien, la validité de certains actes du *subjectus* dépendait bien d'une concession préalable de l'*administratio peculii*. La phrase : *alia causa, etc.* ne rompt pas un raisonnement logique. Les §§ 1 et 2 ne se suivaient pas et ne pouvaient pas se suivre dans l'œuvre d'Ulpien. Si nous supprimons le mot *specialiter*, la remarque d'Ulpien paraît des plus logiques. Marcellus disait : « *Non esse opus concedi peculium a domino servum habere...* ». Ulpien ajoutait : « *Alia causa est peculii liberae administrationis; nam hæc concedenda est.* »

rait croire, ainsi, que la doctrine de Marcellus n'écartait qu'une concession spéciale, expresse et que le *non adimere* de Marcellus visait la concession tacite de Pomponius.

Cela ne doit pas nous tromper. Les §§ 1 et 2 ne se suivaient certainement pas dans l'ouvrage d'Ulpien. Après la remarque finale du § 1, même en conservant le mot *specialiter*, Ulpien ne pouvait pas ajouter brusquement : « *scire etc...* ». En outre, le *non adimere* ne peut pas être, pour Marcellus, une concession même tacite, puisque le jurisconsulte oppose *non adimere* à *concedere*. Enfin, la concession tacite est somme toute une concession ; pas plus que la concession expresse, elle ne peut être permise au pupille ou au curateur.

La théorie de Pomponius a ouvert les voies à celles de Marcellus et d'Ulpien. Les conditions rigoureuses, qu'on avait tout d'abord imposées à la formation du pécule, étaient plus gênantes qu'utiles. Il était excessif d'exiger une concession expresse du maître dans tous les cas, même pour de modestes économies. En outre, les tiers, qui contractaient avec une *persona subjecta*, ne pouvaient pas toujours se renseigner et savoir avec certitude si les biens que celle-ci possédait en fait lui avaient été réellement concédés. Les maîtres laissaient, en général, à leurs esclaves les économies qu'ils réalisaient ou les gains qu'ils faisaient en dehors du travail auquel ils étaient astreints. L'exigence d'une concession expresse pour la constitution du pécule avec de tels gains, permettait simplement aux maîtres de mauvaise foi d'exciper, au moment de l'action *de peculio*, que les biens auxquels les tiers

avaient fait confiance n'étaient pas un pécule. Pour éviter de semblables contestations et renforcer le crédit des personnes en puissance, il était nécessaire d'assouplir les anciennes règles trop rigides. On admit de fort bonne heure, nous l'avons vu, que les acquisitions *ex re aliena* augmenteraient de plein droit le pécule créé. Mais, pour sauvegarder l'incapacité patrimoniale des esclaves et des fils, il ne fallait pas que le pécule apparût comme l'émanation d'une capacité propre à ces individus. Les anciens jurisconsultes considéraient les accroissements du pécule comme implicitement autorisés dans la concession initiale et ils nous présentaient les pouvoirs que les personnes en puissance possédaient sur les biens de leur pécule comme dérivés de ceux du maître. La concession était alors la clef de voûte de tout le droit du pécule. Un progrès important fut cependant réalisé avec la théorie de Pomponius et celle-ci, moins choquante que celle soutenue longtemps avant par Proculus, avait plus de chance de succès. Pour les acquisitions ne provenant pas directement de la *res patris*, on se contenta désormais d'une concession tacite, dans certains cas présumable. Mais, de là à la théorie de Marcellus et d'Ulpien, il n'y avait qu'un pas à faire. Le plus souvent, les maîtres ignoraient les gains ou les économies de leur esclave et il fallait presque toujours présumer la concession. Rapidement l'exception devint la règle; la présomption changea en même temps de caractère, de subjective elle devint objective. Les maîtres laissaient presque toujours à leurs esclaves les biens relativement auxquels la présomption pouvait jouer.

La théorie de Pomponius permet à cette ancienne pratique de se transformer en une règle de droit. Les gains *ex re aliena* furent toujours présumés laissés en pécule et on décida que cette présomption ne tomberait que devant l'interdiction formelle du maître.

La doctrine de Marcellus est le terme de cette évolution. Elle consacre le caractère objectif des présomptions de concession et leur érection en une règle de droit. Le jurisconsulte, en effet, — et c'est là ce qu'il y a d'original dans sa doctrine — permet la constitution du pécule pendant l'impuberté ou la démente du maître ; or, il est inadmissible qu'une concession puisse être présumée à l'égard d'individus incapables de concéder. Pour Marcellus et pour Ulpien, le pécule ne trouve plus sa source dans la volonté effective ou même simplement présumée du *paterfamilias*. Il est, à leurs yeux, l'émanation d'une capacité propre aux *subjecti*, d'une capacité « pécuniaire » (« Peculiumfähigkeit ») comme le dit Dietzel, copiée sur la capacité patrimoniale (« Vermögenfähigkeit ») des *sui juris*. Son actif se constitue de la même manière et sous les mêmes conditions que celui d'un patrimoine. Les gains, relativement auxquels la présomption de Pomponius pouvait jouer, gains formant ensuite de plein droit un pécule, ce sont ceux qui auraient été la propriété de l'*alieni juris* si celui-ci avait été *sui juris*. La concession est encore exigée en ce qui concerne les acquisitions provenant directement de la *res patris*, mais il y a ici donation et les conditions sous lesquelles une valeur peut passer du patrimoine au pécule sont les mêmes que celles sous les-

quelles s'effectuerait un semblable transfert entre les patrimoines de deux *sui juris*.

Marcellus et Ulpien, nous l'avons déjà dit, n'écartent pas complètement la volonté du maître. Quel est dorénavant le rôle de celle-ci ? La volonté qui devra exister chez le maître n'est plus celle de concéder, mais celle de ne pas retirer le pécule. La présomption érigée par Pomponius et qui se rapportait à la concession se confond maintenant avec la présomption relative à la volonté de laisser le pécule. C'est dans ce seul sens que l'on peut encore parler d'un *permissus domini*. Aussi, Marcellus et Ulpien, lorsqu'ils s'occupent de l'esclave du pupille ou du fou, ne font-ils aucune distinction suivant que ce pécule ait, ou non, été constitué *ante furorem vel a patre pupilli*. Marcellus et Ulpien semblent ainsi admettre l'existence du pécule comme entité abstraite avant toute constitution. C'est là une conception qui se révèle encore ailleurs et qui est la conséquence de la non-exigence d'une concession à l'origine du pécule.

IV. — La doctrine de Marcellus et d'Ulpien, sur laquelle nous nous sommes quelque peu étendus, est-elle spéciale à ces jurisconsultes ou fut-elle à dater de Marcellus le droit commun du pécule ?

Tandis qu'on se rend compte aisément qu'elle était également suivie par Paul et Papinien, Marcien nous la présente comme indiscutée à son époque.

Paul, nous l'avons vu, semble faire sienne, au fr. 17, § 4, D. 14-3, une décision de Proculus qui impliquait déjà la non-exigence d'une autorisation du maître

pour la formation du pécule ⁽²⁰⁾. Sans doute, ce même jurisconsulte nous dit ailleurs que Sabinus, Cassius et Julien justifiaient l'acquisition de la possession par des *subjecti, peculii nomine, ignorante domino*, en impliquant dans la concession initiale un *animus possessorie* anticipé du maître ⁽²¹⁾. Mais Paul se garde bien d'approuver une semblable explication et il la condamne formellement lorsqu'il affirme qu'en pareil cas nous acquérons la possession, non-seulement par le *corpus*, mais encore par l'*animus* de nos esclaves ⁽²²⁾. En principe, même les *personæ subjectæ* ne pouvaient pas représenter le *paterfamilias* en ce qui concerne l'*animus possessorie*; mais le *paterfamilias* pouvait avoir un *animus* anticipé qui lui permettait, sinon d'usurper, du moins d'acquérir au moyen de représentants et même à son insu la possession *ad interdicta* ⁽²³⁾. Si le pécule suppose, à ses origines, une concession expresse du maître, on peut dire avec les anciens jurisconsultes que les esclaves *nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus*. Mais l'explication était sans valeur pour Paul qui autorisait la constitution du pécule en dehors de toute concession.

Papinien avoue plus franchement encore l'impos-

(20) V. paragraphe précédent, numéro 1 (B).

(21) Fr. 1, § 5 D. 41-2.

(22) Fr. 3, § 12 D. 41-2 (Paul. lib. 54 ad ed.) : « Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, [nec movere nos debet, quod] < sed > quasdam < res > etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt : nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere ». V. infra, p. 556.

(23) V. infra, p. 563 suiv.

sibilité où il se trouve également de justifier de semblables acquisitions (24).

Marcien, au fr. 40, § 1, D. 15-1, pose directement la question qui nous intéresse : « *Quomodo autem peculium nascitur ?* » Il fait une distinction : si, dit-il, l'esclave acquiert un objet que son maître n'était pas tenu de lui fournir, cela est un pécule ; si, au contraire, il acquiert des vêtements ou autres choses analogues que son maître devait nécessairement lui procurer, *non esse peculium*. On a cru qu'il était ici question de *res* directement remises par le *paterfamilias* au *servus* (25). L'illusion était facile. Les vêtements et autres objets destinés à l'entretien de l'*alieni juris* sont ordinairement fournis par le chef de la *domus*. Mais le verbe *adquirere*, ici employé, ne semble pas autoriser cette interprétation. Il vise l'acquisition d'une *res* qui n'appartenait pas au *paterfamilias*, un gain *ex re aliena*. Si le jurisconsulte avait voulu nous dire autre chose, il se serait exprimé dans des termes analogues à ceux employés par Pomponius au fr. 25 h. t.

Marcien ne parle ni de concession ni de *permissus domini* : le pécule naît dès que l'esclave acquiert de tiers une chose que son maître n'était pas tenu de lui fournir. Si l'acquisition faite par le *subjectus* avait besoin d'une concession du maître pour se transformer en pécule, la distinction faite par le jurisconsulte

(24) Fr. 44, § 1 D. 41-2 (Papin. *lib. 23 Quæst.*) : « *Quæsitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quæreretur. Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogèrentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere.* » V. sur ce texte *infra*, p. 556.

(25) Mandry, *op cit.*, t. 2, p. 81.

ne se comprendrait pas. La naissance du pécule ne serait pas, en effet, conditionnée par l'usage auquel se trouve destiné l'objet acquis mais par la *voluntas domini*.

La distinction faite par Marcien prend toute sa force, si l'on songe aux règles relatives à l'*in rem versio* et à l'action *de in rem verso*. Lorsque l'esclave acquiert une chose que son maître devait lui fournir, il y a gestion d'affaires et *in rem domini versio*. Le maître devient débiteur naturel du *subjectus* et c'est cette créance que le tiers peut faire valoir par l'action *de in rem verso*. Mais, bien entendu, la *res* acquise par le *subjectus* et destinée à son entretien est censée acquise pour le compte du *paterfamilias*, elle ne tombe pas *in peculio* (26).

Marcien, cependant, ne parle pas de cette créance naturelle pour version et il nous dit : « *non esse peculium* », ce qui semble devoir se traduire, non par : cet objet ne constitue pas un pécule, mais par : il n'y a pas de pécule. Or, la créance naturelle du *subjectus* devrait constituer à elle seule un actif de pécule. On pourrait peut-être écarter l'objection en disant que ce *nomen peculiare* n'existe qu'au regard du créancier qui l'a fait naître et que, vis-à-vis de celui-ci seul, non en général, il y a un pécule. Mais surtout, le texte de Marcien semble avoir été fortement altéré avant de prendre place dans la compilation justinienne. On re-

(26) Il n'en était d'ailleurs vraisemblablement pas ainsi lorsque, en raison des conventions passées avec le maître, l'*alieni juris* devait lui même subvenir à son entretien. (V. en ce sens von Tuhr, *op. cit.*, p. 186 suiv.). Marcien n'envisageait pas ce cas exceptionnel.

marquera cette bizarre juxtaposition : *non esse peculium. Ita igitur nascitur peculium. Id* ou *ea* pouvait d'ailleurs précéder *non etc.*, en raison même de la symétrie des deux propositions : *si id etc. — si vero etc.* La fin du texte, qui ne nous intéresse pas pour le moment est, elle aussi, étrange : « *Crescit* (le pécule), *cum auctum fuerit: decrescit, cum servi vicarii moriuntur, res intercidunt: moritur cum ademptum sit* ». Cette partie est brusquée. On a l'impression que le jurisconsulte cite au petit bonheur n'importe quel exemple de diminution ou de *mors peculii*. Il nous donne deux exemples de diminution qui se ramènent l'un à l'autre : la mort des vicaires, la perte naturelle des *res peculiares*, alors qu'il ne mentionne pas l'ademption partielle. L'ademption totale est le seul exemple de *mors peculii* présenté par Marcien; aucune allusion n'est faite au décès de l'esclave. Le texte original du jurisconsulte était vraisemblablement plus détaillé. Mais certaines phrases ou parties de phrases étant effacées sur le manuscrit qu'ils avaient en mains, les compilateurs ont copié et ajouté bout à bout tout ce qui était lisible. Entre *non esse peculium* et *Ita igitur etc.*, Marcien devait s'occuper de l'action *de in rem verso*, à laquelle il était naturellement conduit par la distinction qu'il venait de faire.

Quoi qu'il en soit, Marcien nous apprend que le pécule peut naître *ex re aliena* sans concession. C'est pour lui une règle de date ancienne. On a discuté la question, nous dit-il (*quæsitum est*) et la discussion est actuellement éteinte. La règle en vigueur au temps

de Marcien est celle qui a triomphé parmi les *veteres*, au moment où la question fut débattue (*et ita veteres distinguunt*).

Le problème de la formation du pécule s'est posé à différentes reprises. Tout d'abord, peu après l'édit sur l'action *de peculio* et la solution en fut donnée avec la définition de Tubéron. Puis, une controverse vite éteinte, dut s'élever à nouveau avec la théorie hardie de Proculus. Enfin, après Pomponius, la question est plus sérieusement débattue; c'est à dater de Marcellus que la *concessio peculii* cesse définitivement d'être une condition nécessaire à la formation du pécule et que s'élabore la règle reprise par Marcien au fr. 40, § 1. Aussi, est-ce bien à la controverse connue par le fr. 7, § 1 (*si ut quidam putant... ego autem puto*) que Marcien fait allusion par les mots : *quæsitum est*, et les *Veteres* du fr. 40, § 1, ne sont autres que les jurisconsultes classiques qui se sont succédés de Pomponius à Marcellus.

L'examen des doctrines fort diverses, exposées dans les textes relatifs à la *concessio peculii*, nous a permis de suivre pas à pas un des aspects de cette profonde évolution dont le pécule a été l'objet depuis le début de l'époque classique : à la volonté du maître s'est substitué la personnalité de la personne en puissance comme source juridique du pécule.

TITRE II

LE CARACTERE DE NECESSITE DU PECULE

Nous allons faire ici, en quelque sorte, la contre-épreuve des solutions précédemment proposées. Si, en effet, le pécule qui trouvait primitivement sa source dans la *voluntas domini patrisve* fut réellement à dater de Marcellus le produit d'une capacité propre à tout esclave ou fils de famille, on dut alors en reconnaître l'existence, *juris intellectu* et indépendamment de la possession de toute *res peculiaris*, auprès de chacun de ces individus.

Les sources nous enseignent que le sexe, l'âge et l'état mental de l'*alieni juris* étaient sans influence sur l'existence du pécule. De nombreux passages prévoient ainsi l'exercice d'une action relative au pécule du chef d'une *ancilla* ⁽¹⁾ ou d'une *filia* ⁽²⁾ ou encore d'un *subjectus* impubère ⁽³⁾; et Ulpien nous dit, au fr. 7, § 3, D. 15-1 : « *Pupillum autem tam filium quam servum peculium habere posse Pedius lib. 15 scribit, cum in hoc, inquit, totum ex domini constitutione pendeat. Ergo et si furere cœperit servus vel filius, retinebunt peculium* ». C'est là une règle qui s'accorde par-

(1) Fr. 27 pr. D. 15-1; c. 11 C. 4, 26; cf 1, § 3 D. 15-1 et § 6 Inst. 4, 7.

(2) Fr. 27 pr. D. 15-1; cf. 1, § 3 D. 15-1 et § 6 Inst. 4, 7.

(3) 1 § 4 D. 15-1. Certainement l'esclave ou le fils *infans* pouvait avoir un pécule. V. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 36.

faitement bien avec la nouvelle conception du pécule, car la capacité de droit que celui-ci implique dès lors chez le *subjectus* est indépendante de toute capacité naturelle. Mais, qu'on le remarque, chaque esclave ou fils pourrait être apte à avoir un pécule, sans qu'il lui soit reconnu une capacité juridique. La faculté pour le maître de concéder un pécule à n'importe lequel de ses *subjecti* n'implique évidemment pas chez ces derniers une capacité « pécuniaire ».

Parmi les textes cités, seul le fragment 7, § 3 h. t. rapporte l'opinion d'un ancien jurisconsulte (Peditus) et encore ce dernier, semble-t-il, ne s'occupe que du pupille. On doit cependant admettre qu'il fut de tout temps loisible au *paterfamilias* de concéder un pécule à l'un quelconque de ses esclaves ou de ses fils. Le motif par lequel Peditus justifie sa décision au fragment 7, § 3, D. 15-1 en est à lui seul une preuve suffisante. Le jurisconsulte nous dit que l'esclave et le fils pupille peuvent avoir un pécule parce que, en cette matière, tout dépend de la décision du maître. L'incapacité naturelle de l'*alieni juris* est donc ici sans conséquence, même pour les anciens juristes, et ceux-ci n'avaient pas à distinguer suivant la cause et l'étendue de cette incapacité.

Les décisions contenues dans ces différents textes sont également compatibles avec l'une ou l'autre des conceptions que l'on s'est faites successivement du pécule; mais, suivant les époques, ce sont des raisons différentes qui les motivèrent, et, nous l'avons déjà dit, malgré les apparences contraires Ulpien et Peditus,

au fragment 7, § 3 h. t., suivent des doctrines diverses (4).

Le pécule put apparaître concrètement entre les mains de tout esclave ou fils de famille, d'abord en raison de la toute-puissance du *paterfamilias* en matière de pécule, ensuite en vertu de la capacité « pécuniaire », reconnue à tout *subjectus*.

Les deux conceptions ont eu un autre point de contact. La transformation qui s'est produite dans la nature juridique du pécule n'a en rien modifié le but qui était assigné à celui-ci. Le pécule a toujours été destiné au service de l'*alieni juris*, affectation primitivement assignée par le *paterfamilias*, plus tard par le droit jurisprudentiel romain. Aussi, ne faut-il point s'étonner que de tout temps le sort du pécule ait été, dans une certaine mesure, lié à celui du *subjectus* (5).

Le caractère de nécessité du pécule se révèle au contraire, d'une façon non douteuse, si, comme nous le pensons, les jurisconsultes de la seconde moitié de l'époque classique ont reconnu l'existence du pécule, *intellectu juris*, avant toute concession ou, d'une façon plus générale, toute constitution et même après l'ademption. Ces règles, imposées par la nouvelle conception du pécule, sont, en effet, absolument incompatibles avec l'ancienne.

(4) V. *supra*, p 273.

(5) Il n'y a pas de pécule sans une personne en puissance qui en soit le titulaire. Au décès de l'*in potestate* le pécule devait disparaître. Ce cas d'extinction du pécule était prévu par le préteur dans l'édit sur l'*actio annalis de peculio* (fr. 1 pr. D. 15-2); sans doute, en vertu même de cet édit, le pécule demeure pendant une année utile après le décès du *subjectus*, à l'égard des créanciers contractuels de ce dernier. Mais ce n'est là qu'une survie fictive du pécule, aux fins de liquidation.

§ I. — L'EXISTENCE DU PÉCULE «JURIS INTELLECTU »
AVANT TOUTE « CONCESSIO PECULII », PLUS GÉNÉ-
RÉLEMENT, AVANT TOUTE ACQUISITION « PE-
CULII NOMINE » DE LA PERSONNE EN PUISSANCE.

I. Preuves indirectes de l'existence de plein droit du pécule (*juris intellectu*) avant même que celui-ci ait apparu matériellement, pendant la seconde moitié de l'époque classique. — Notamment, le témoignage indirect des textes de cette époque, relatifs à l'action de *peculio* et où il est question d'un *peculium in quo nihil est*. — II. L'existence de plein droit du pécule *juris intellectu* était déjà admise par Proculus. — III. Conséquence découlant de l'identité de nature du pécule et du patrimoine à l'époque d'Ulpien : l'ancien patrimoine de l'*adrogatus* considéré comme ayant été dans le passé un pécule. — IV. L'action de *in rem verso* et l'existence du pécule. — A) Nature de l'*in rem domini patrisve versio*. Primitivement, était un *in rem domini versum* tout enrichissement injuste du *paterfamilias* en raison de contrats de l'*in potestate*. Au cours de l'époque classique, les cas d'*in rem domini patrisve versio* sont limités aux cas de gestion utile des affaires du chef de la *domus* par l'*in potestate*. — B) L'existence du pécule est une condition à défaut de laquelle il n'y a pas d'*in rem domini patrisve versio* poursuivable. — C) Obligation pour le demandeur à l'action de *in rem verso* de prouver l'existence du pécule. Cette obligation disparaît après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule, celui-ci étant alors censé exister de plein droit. Comparaison entre le § 74 Commentaire 4 de Gaius et le § 5 Institutes de Justinien 4, 7. — D.) Absence d'indices contraires à cette évolution. Étude des fr. 20 et 21 D. 15-3.

Les juriconsultes romains, peu enclins aux considérations de pure doctrine, n'ont pas traité directement la question sous l'angle où nous l'envisageons ici. Cependant, l'existence de plein droit du pécule comme entité abstraite semble reconnue dans différents textes relatifs à telle ou telle question d'ordre pratique.

Remarquons, tout d'abord, que les textes, émanant des juriconsultes de la seconde moitié de l'époque

classique, ne contiennent aucune affirmation directement contraire. Si Marcien, au fr. 40, § 1 h. t., place la naissance du pécule au moment où une acquisition **est faite par l'esclave**, il ne s'occupe manifestement que du pécule concret qui naît, croît ou décroît comme un être humain, c'est-à-dire du contenu matériel du pécule susceptible de varier à l'infini.

I. — Quels sont les textes desquels on peut conclure à l'existence du pécule comme entité abstraite, avant même que le *subjectus* ait eu en mains une *res peculiaris* ou bénéficié d'une concession quelconque ? On se souvient que Marcellus et Ulpien, aux fr. 7, §§ 1 et 3 et 3, § 4, h. t., en ne faisant aucune distinction entre la formation et la survie du pécule, semblaient considérer celui-ci comme existant avec la personne même du *subjectus* (1). Cela nous autorise également à penser qu'Ulpien au fr. 11 D. 33-8 visait le legs d'un pécule n'ayant encore contenu aucun élément (actif ou passif) (2). Mais, bien entendu, ce texte ne prouve l'existence d'un tel pécule que si, en l'absence d'indications spéciales, on doit penser que le legs en question pouvait être fait *per vindicationem*, car, sous d'autres formes, il était permis de léguer même des choses futures.

Il faut faire encore état des textes, déjà étudiés, où il est question d'un *peculium in quo nihil est* (3). Nous

(1) V. *supra*, p. 284.

(2) Ulpianus lib 29 ad Edictum : « Ei quoque, qui nihil in peculio habet, potest peculium legari : non enim tantum præsens, sed etiam futurum peculium legari potest. » Cf. Buckland, *op. cit.*, p. 191.

(3) V. *supra*, p. 194 suiv.

avons vu que ces mots visaient le plus souvent, non seulement un pécule couvert par les déductions du maître, mais un pécule privé d'actif. Dans ce dernier cas, s'agissait-il d'un pécule déjà constitué, mais ayant par la suite perdu ses éléments actifs, ou d'un pécule n'ayant encore jamais apparu matériellement ? La réponse, que les textes eux-mêmes ne donnent pas, découle de raisons logiques. Les jurisconsultes décident, en général, qu'une action *de peculio* peut être intentée alors que *nihil est in peculio* car, disent-ils, il se pourra que le pécule contienne quelque chose *rei judicandæ tempore*. Pendant la première moitié de l'époque classique, le pécule ne pouvant apparaître que *concedente domino* et l'*alieni juris* tenant de la concession initiale le pouvoir d'acquérir *peculii nomine*, cette éventualité n'existait que lorsque le pécule avait déjà été constitué. Elle exista, au contraire, dans tous les cas, lorsque la constitution du pécule et son accroissement furent soumis aux mêmes conditions. Or, dès avant cette époque l'action *de peculio* était accordée en raison de dettes antérieures à la *concessio peculii*. Une distinction entre les hypothèses ne se justifiait donc pas et un *peculium in quo nihil est* pouvait être certainement un pécule n'ayant encore jamais eu d'actif.

Ainsi, le pécule, après la transformation des règles relatives à sa constitution, apparaît à ses débuts comme un contenant vide dans lequel peut indifféremment tomber un droit ou une charge : son actif et son passif se forment comme ceux d'un patrimoine.

II. — Cette manière de voir était déjà celle de Proculus, lequel, nous le savons, ne faisait pas dépendre la formation du pécule d'une concession du *paterfamilias*.

Nous trouvons, en ce sens, dans les sources, une preuve indirecte.

S'il n'est pas douteux que, dès l'époque de Julien, l'action de *peculio* pouvait être intentée *ex antiquo iure*, il semble bien par contre qu'il n'en ait pas toujours été ainsi. Primitivement l'action de *peculio* ne pouvait pas être intentée en raison de contrats passés avant la *concessio peculii* ou alors que l'esclave se trouvait sous la *potestas* d'un autre maître. C'était là la conséquence d'une conception ancienne, selon laquelle, en matière d'action de *peculio*, l'obligation du *paterfamilias* était censée naître d'une sorte de *jussus* indirect, implicitement compris dans la *concessio peculii*. Au fr. 37, § 2, D. 15-1, Julien justifie une décision par les mots : « *postquam placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere* » (4). Comme l'a fort bien démon-

(4) Ce texte qui a soulevé des difficultés d'interprétation est ainsi conçu : (Julianus lib. 12 dig.) : « *Servum communem, quem cum Titio habebam, vendidi Sempronio : quæsitum est, si de peculio cum Titio aut cum Sempronio ageretur, an ejus peculii, quod apud me esset, ratio haberi deberet. Dixi, si cum Sempronio ageretur, numquam rationem ejus peculii, quod apud me esset, ratio haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod præstitisset consequi potest. Sed et si cum Titio post annum quam vendidissem ageretur, similiter non esse computandum peculium quod apud me est, quia jam mecum agi de peculio non posset. Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam hujus peculii rationem, postquam placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere.* » Julien suppose qu'un individu copropriétaire d'un esclave avec Sempronius; et il se demande comment on évaluera le montant de la condamnation de *peculio* dans l'action intentée, soit contre Sempronius, soit contre Titius, pour des actes antérieurs à la vente. Nous

verrons que, selon la doctrine suivie par Julien et par les jurisconsultes postérieurs, lorsqu'un esclave et son pécule appartenait en commun à plusieurs maîtres (comme c'était le cas dans l'hypothèse prévue au fr. 37, § 2), on tenait compte dans l'action intentée contre l'un des maîtres, non seulement de la part de pécule lui revenant, mais de l'*universum peculium*. (V. chapitre suivant, titre 2, § 1, section 2, numéro 1). Julien en décidait ainsi, parce que le *socius* poursuivi pouvait exercer un recours contre les autres copropriétaires au moyen des actions *communi dividundo* et *pro socio*. Au fr. 37, § 2, Julien applique cette doctrine. Il nous dit que dans l'action intentée contre Sempronius on ne tiendra pas compte du pécule resté auprès du vendeur, car Sempronius n'a contre celui-ci aucun recours. On n'en tiendra pas compte non plus, dit-il, si on agit contre Titius *post annum*. Titius ne pouvait, en effet, exercer aucun recours contre le vendeur. Le recours n'existe que si le *socius* non poursuivi est libéré d'une dette; or, *post annum*, le vendeur, ne doit plus rien, l'*actio annalis* qui compétait contre lui étant prescrite. Au contraire, si on agit *intra annum* contre Titius, on tiendra compte du pécule appartenant au vendeur, et Julien d'ajouter : « *Postquam placuit, etc.* ». La controverse à laquelle Julien fait allusion dans la dernière phrase s'est élevée sur la compétence de l'action de *peculio* ordinaire contre l'acquéreur en raison d'actes antérieurs à la vente. M. Solazzi (Bull., t. 17, p. 218 suiv.), pense que Julien pouvait ici faire allusion à une controverse qui, à son avis, s'était élevée entre les jurisconsultes relativement aux conditions d'exercice de l'action *annalis* contre le vendeur : les uns, comme Neratius auraient déclaré qu'en cas de vente *cum peculio* le vendeur n'était jamais tenu, tandis que d'autres, Javolenus, par exemple, auraient recherché si un prix spécial n'avait pas été payé pour le pécule et accordé dans ce cas l'action *annalis* contre le vendeur. Mais nous savons qu'une telle divergence d'opinions n'a jamais existée entre Javolenus et Neratius, tous deux admettant que le vendeur restait passible de l'action annale s'il avait reçu pour le pécule un prix spécial. La controverse qui s'est élevée entre les jurisconsultes relativement à l'action *annalis* était tout autre. Elle avait trait à la compétence de cette action contre l'acquéreur dans le cas où l'esclave était vendu *cum peculio* sans qu'un prix spécial ait été stipulé pour le pécule. Or, dans l'hypothèse prévue par Julien, le pécule est resté auprès du vendeur, soit en nature, soit par équivalent; le texte ne laisse sur ce point aucun doute (*rationem ejus peculii quod apud me esset — non esse computandum peculium quod apud me est*). Mais, à première vue, on ne saisit pas comment Julien pouvait justifier sa décision par les mots : *postquam placuit etc.* En effet, pour qu'on puisse tenir compte du pécule du vendeur dans l'action intentée contre Titius, il suffit que le vendeur soit encore passible de l'action *annalis*, mais peu importe que l'action ordinaire puisse être également intentée contre l'acquéreur Sempronius. Aussi de nombreux auteurs ont-ils soutenu l'interpolation de la fin du texte, soit depuis *sin autem* (v. en ce sens : Albertario selon Index Interp. ad h. l.; Guarneri-Citati oblig. ind. I, p. 73 n. 2; Beseler Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 57), soit depuis *postquam placuit* (v. en ce sens : Lusignani selon Ind. Inter. ad. h. l.; Erman Z. S. S. f. R., t. 20 (1899), p. 247; Naber Mnemosyne, t. 37 (1909), p. 284 n. 5; Bonfante, Ist., p. 135, et en sens contraire : Solazzi, Bull., t. 17 (1905), p. 209-223; Riv. it. sc. giur., t. 54 (1914), p. 57; Levy Konk. t. 1, p. 259 n. 4). Relativement aux interpolations prétendues dans les autres parties du paragraphe, v. *infra* p. 460. La théorie de M. Beseler aux termes de laquelle l'action de *peculio* ordinaire n'aurait pas pu, à l'époque classique, être intentée *ex ante gesto* contre l'acquéreur du *servus sine peculio*

tré M. Solazzi ⁽⁵⁾, l'expression *postquam placuit* est classique et le mot *placuit* très souvent employé par les jurisconsultes pour présenter des règles juridiques qui n'ont été admises qu'après certaines hésitations. Il se déduit de ce texte qu'à l'époque de Julien, en cas de vente d'un esclave (*sine peculio*), les créanciers antérieurs avaient la faculté d'intenter, à leur choix, l'action *annalis* contre le vendeur, l'action *de peculio* pure et simple contre l'acquéreur, mais que ce concours d'actions existait seulement depuis peu et n'a-

est inadmissible (v. *infra* p. 457). On a cru trouver dans cette partie du texte des indices formels d'interpolation. Outre les mots *postquam placuit*, dont M. Solazzi a prouvé l'emploi classique, on a signalé comme suspecte l'expression *sin autem* (Guarneri-Citati et Beseler, *l. c.*), la désignation *hujus peculii* au lieu de *peculium quod apud me est* ou *esset*, auparavant employée (Guarneri-Citati, *l. c.*), comme mauvaise la place de *quoque* (Guarneri-Citati et Beseler, *l. c.*). *Hujus peculii* est correct et on comprend parfaitement que le jurisconsulte ait voulu varier légèrement ses expressions, alors que le contexte ne laissait subsister aucune équivoque. *Sin autem* est, sans doute, une expression dont se servent volontiers les compilateurs, mais il n'est pas prouvé qu'elle ne soit pas classique. Le mot *quoque* est indispensable et c'est lui qui permet de découvrir la pensée de Julien. M. Guarneri-Citati juge inutile la fin du texte depuis : *sin autem*, car, dit-il, la décision qui y est rendue découle logiquement de celle énoncée à la phrase précédente. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Si la décision rendue par Julien dans la période *sin autem* découle assez naturellement de celle énoncée immédiatement avant, elle n'était pas cependant exempte de toute critique. En effet, pour fixer le chiffre de la condamnation à prononcer contre Titius on tiendra compte de l'*universum peculium*, c'est-à-dire, non seulement du pécule du vendeur et de celui de son ancien associé, mais encore de celui de Sempronius. Le montant de la condamnation sera ainsi fixé par la valeur de trois pécules au lieu de deux comme auparavant. Cela pouvait sembler excessif (d'autant plus que l'on pouvait, en fait, compter deux fois le même pécule : tel serait le cas si Sempronius avait payé un prix spécial pour le pécule et avait concédé celui-ci à l'esclave, car on devrait alors tenir compte dans l'*universum peculium*, et du prix payé par Sempronius, et du pécule acquis par lui). Julien ne se laisse pas arrêter par l'objection. Il nous dit que l'on tiendra compte même (*quoque*) du pécule resté auprès du vendeur, et que, si pratiquement cela peut conduire à un résultat quelque peu surprenant ou choquant, la cause s'en trouve dans le jeu normal d'une règle de procédure, sans doute contestée auparavant, mais maintenant définitivement admise, à savoir que Sempronius est passible de l'*actio de peculio* pour un *ante gestum* concurrentement à l'*actio annalis* qui compète contre le vendeur.

(5) Bull., t. 17, p. 217 suiv.

vait été admis qu'après certaines hésitations. La controverse à laquelle il est fait allusion dans notre texte n'a pu s'élever que relativement à la compétence de l'action *de peculio* contre l'acquéreur d'un esclave *sine peculio* pour des contrats antérieurs à la vente ; l'action *annalis*, en effet, était donnée longtemps avant Julien contre le vendeur par une clause spéciale de l'édit. Gaius, lui aussi, fait une allusion détournée à cette controverse quand il nous dit au fragment 27, § 2, h. t. : « *Si servus alienatus sit, quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum prætor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilominus et in novum dominum actio datur* ». Comme si certains jurisconsultes avaient soutenu que l'action *annalis* devait suffire, sans qu'il soit besoin de donner en concours avec elle l'action ordinaire contre l'acquéreur (6) !

Or, dans l'hypothèse de vente d'esclave *sine peculio*, Proculus permettait déjà aux créanciers antérieurs d'intenter contre l'acquéreur l'action *de peculio* ordinaire (7). Pour Proculus, on pouvait donc agir *ex ante gesto*. Les jurisconsultes, qui admettaient l'exercice d'une action *de peculio* pour un *ante gestum*, ne pouvaient guère considérer l'obligation du *paterfamilias* comme naissant d'un *jussus*. Pour eux, nous le verrons, le *paterfamilias* n'était tenu que d'une façon médiate et c'était l'obligation même de la personne en puissance, non l'obligation adjectice du *paterfamilias* qui constituait l'élément passif de ce pécule (8). Lors-

(6) Solazzi, *op cit.*, p. 224.

(7) Fr. 47, § 3 D. 15-1 et sur ce texte v. *infra*, p. 470 suiv.

(8) V. *infra*, p. 661 suiv.

que la notion d'*obligatio naturalis* se fut dégagée, les dettes contractuelles des esclaves, avant même d'être incorporées dans un pécule, avaient une existence juridique. Mais Proculus ignorait cette notion d'obligation naturelle, la dette du *servus* ne pouvait avoir à ses yeux une valeur que comme élément passif d'un pécule. Si notre jurisconsulte permet d'intenter l'action *de peculio* pour des actes antérieurs à la formation concrète du pécule, c'est que le pécule, à son avis, existe de plein droit en tant qu'entité abstraite auprès de tout esclave. S'il autorise l'exercice d'une action *de peculio* contre l'acquéreur pour une dette antérieure à la vente, c'est qu'il considère le pécule, en tant qu'entité abstraite, comme étroitement attaché à la personne de l'esclave (plus généralement du *subjectus*) quel que soit le propriétaire des biens qui constituent l'actif du pécule ; autrement dit, parce que, pour Proculus, les dettes contractuelles d'un esclave sont toujours les éléments passifs d'un pécule, pécule qui demeure le même malgré le changement de *potestas*.

III. — Dans la doctrine hardie de Proculus, mais aussi dans la doctrine couramment admise à dater de Marcellus, pécule et patrimoine avaient une même nature juridique. La preuve de cela semble être faite, outre les arguments déjà invoqués, par le fr. 42 D. 15-1 (Ulpianus *lib. 12 ad edictum*). Ulpien nous dit dans ce texte : « *In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant* ». La brièveté de ce texte en rend la compré-

hension difficile. Il est toutefois certain qu'Ulpien accordait ici une action *de peculio* pour des dettes antérieures à l'adrogation ⁽⁹⁾. Mais cela était-il donc possible alors que le prêteur n'avait visé dans l'édit que les dettes contractées *in potestate* ⁽¹⁰⁾ ? D'autre part, l'action accordée par Ulpien avait-elle pour objet simplement le pécule acquis par l'*adrogatus* ou bien l'ancien patrimoine de celui-ci fictivement considéré comme un pécule ?

M. Desserteaux ⁽¹¹⁾ a démontré d'une manière cer-

(9) Cela est, en général, admis par les auteurs. Cependant, selon M. Buckland (t. R. L. of Slavery, p. 213), il serait question dans ce texte d'une action *de peculio* du chef d'un esclave de l'*adrogatus*. Mais il n'y a ici nul indice qui puisse servir de base à cette interprétation. La raison, pour laquelle M. Buckland ne veut pas admettre qu'il s'agisse d'une action *de peculio* du chef de l'*adrogatus* lui-même, c'est que notre texte contredirait alors les paroles de l'édit (*quod cum eo qui in aliena potestate esset*). La difficulté est écartée si on admet avec M. Desserteaux que l'adrogation avait à l'époque d'Ulpien et au moins à certains égards un effet rétroactif. (Les Basiliques appliquent ce texte à une action *de peculio* née d'actes postérieurs à l'adrogation, ce qui est inadmissible. V. Desserteaux, Etudes sur les effets de l'adrogation, p. 46-47).

(10) C'était là le principal obstacle à l'exercice d'une action *de peculio* pour des dettes antérieures à l'adrogation et c'est ce qui explique pourquoi à l'époque d'Ulpien la question est encore controversée (ce n'est pas l'unanimité des juristes mais quelques-uns — *quidam* — qui suivent la manière de voir adoptée par Ulpien). A ce motif s'en ajoutait un autre, d'une portée plus générale, sans valeur au temps d'Ulpien, mais décisif pour les anciens juristes, à savoir que l'action *de peculio* ne pouvait être intentée en raison de dettes contractées avant la concession du pécule (cf. Soiazzi, Bull. t. 17, p. 229 n. 5). C'est à tort que Stéphane (sch. 172 ad h. 1.) a voulu voir la raison de ces hésitations de la jurisprudence classique dans l'extinction par *capitis deminutio* des dettes de l'*adrogatus* (V. Solazzi, Bull., t. 17, p. 23, texte et n. 2. Desserteaux, Etudes sur la formation historique de la *Capitis deminutio*, t. 3, p. 102 suiv.). Ce n'est pas non plus une raison d'opportunité qui décidait Sabinus et Cassius, comme le croit Keller, Bekker's Jahrb., t. 3, p. 181. Selon Keller, Sabinus et Cassius, qui auraient en général admis l'exercice de l'action *de peculio* pour un *ante gestum*, auraient fait exception à cette règle en cas d'adrogation, estimant que le moyen spécialement prévu par le prêteur devait suffire au créancier. Mais l'ancien patrimoine de l'*adrogatus* pouvait être insuffisant ou sans valeur et l'action *de peculio* constituer le moyen le plus avantageux pour le créancier. (V. Solazzi, *op. cit.*, p. 230, n. 2).

(11) Etude sur les effets de l'adrogation, p. 43 suiv.; V., toutefois, en sens contraire, Bonfante, Corso, t. 6, p. 27.

taine qu'Ulpien reconnaissait, en cette matière, un effet rétroactif à l'adrogation ⁽¹²⁾. Pour Ulpien, l'*adrogatus* est censé avoir toujours été sous la *potestas* de l'adrogeant; le jurisconsulte, en vertu de cette fiction, décidait ainsi que le procès, engagé entre ces deux personnages avant l'adrogation, était nul *ab initio* ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

Il est moins facile de dire si Ulpien considérait réellement comme un pécule l'ancien patrimoine de l'*adrogatus*. M. Desserteaux ⁽¹⁵⁾ se prononce formellement en ce sens et suppose en cette matière une controverse entre Proculiens et Sabinien : les premiers admettant la rétroactivité de l'adrogation et considérant le patrimoine de l'*adrogatus* comme son pécule, les seconds refusant tout effet rétroactif à l'adrogation. M. Desserteaux soutient également que, tandis que Julien s'en tenait strictement à la doctrine Sabinienne, Pomponius, Sabinien éclectique, suivait celle des Proculiens qui devait plus tard triompher.

La controverse à laquelle il est touché au fr. 42 pou-

(12) Selon M. Desserteaux (*op. cit.*, p. 61 suiv.), Gaius lui aussi reconnaissait un effet rétroactif à l'adrogation. L'auteur le déduit du § 84, Com. 3 de Gaius.

(13) Fr. 11 D. 5-1. V. sur ce texte Machelard, obligat. nat., p. 133; Accarias, Précis, t. 2, p. 800; Desserteaux, *op. cit.*, p. 43-44. Comme le signale fort bien M. Desserteaux, non seulement la continuation du procès est rendue dorénavant impossible par suite de l'adrogation, mais le procès est déclaré nul *ab initio* comme si, dans le passé, l'adrogé avait été le *filius familias* de l'adrogeant. Les jurisconsultes n'ont pas d'ailleurs consacré dans toutes ses conséquences cette fiction de rétroactivité : c'est ainsi que les donations faites par l'adrogé avant l'adrogation ne sont pas annulées rétroactivement. V. Desserteaux, *op. cit.*, p. 51, et les textes suivants cités par l'auteur : fr. 7 pr. D. 39-5; 8, § 5 D. 20-6.

(14) On n'admettait pas une semblable fiction lorsqu'un homme libre tombait en esclavage. V. Desserteaux, *op. cit.*, p. 48.

(15) Etude sur les effets de l'adrogation, p. 47 suiv. ; Etudes sur la formation historique de la *capitis deminutio*, t. 3, p. 107, n. 4; t. 2, p. 351 suiv. Cf., t. 3, p. 107. V. déjà en ce sens : Accarias, Précis t. 2, p. 166, n. 1

vait s'être élevée simplement sur la question de savoir si le pécule (acquis après l'adrogation) devait être grevé des dettes antérieurement contractées par l'*adrogatus*. La réponse, en effet, n'allait pas de soi. L'action *de peculio* n'est promise dans l'édit que pour des *negotia conclus in potestate*; elle ne pouvait sanctionner les dettes antérieures à l'adrogation que si on considérait fictivement l'adrogé comme ayant toujours été sous la *potestas* de l'adrogeant. La question n'était pas d'ailleurs sans intérêt pratique. L'action *de peculio*, même réduite au pécule acquis par l'*adrogatus*, pouvait être, elle aussi, dans certains cas, plus avantageuse pour le créancier que l'action fictive, spécialement prévue dans notre hypothèse par le préteur; il en était ainsi lorsque l'adrogé, ne possédant qu'un patrimoine insignifiant au moment de l'adrogation, avait acquis par la suite un important pécule.

La doctrine de Julien semble exactement interprétée par M. Desserteaux ⁽¹⁶⁾. Par contre, il est, à notre avis, peu vraisemblable que Pomponius ait considéré comme un pécule l'ancien patrimoine de l'adrogé. Le jurisconsulte, nous le savons, exigeait, en principe, une concession pour la formation du pécule, celle-ci faisait évidemment défaut relativement aux *bona* de l'*adrogatus* ⁽¹⁷⁾. Au reste, la doctrine attribuée à Pompo-

(16) Fr. 19 D. 39-6 et sur ce texte Desserteaux, *Etudes sur les effets de l'adrogation*, p. 47.

(17) Pomponius, il est vrai, n'exigeait, relativement aux biens acquis *ex re aliena*, qu'une concession tacite, parfois présumable; mais il ne peut pas être question de concessions même tacites ou présumables, à une époque où l'adrogé n'était pas encore sous la *potestas* de l'adrogeant. Et cela, même en reconnaissant un effet rétroactif à l'adrogation. Cette fiction de rétroactivité ne pouvait rien contre le fait que l'adrogeant n'avait pas eu la faculté de retirer les biens acquis par l'adrogé, or, c'est du non exercice volontaire de cette faculté que se déduit la concession dans la doctrine de Pomponius.

nus ne se dégage nullement du fr. 7 D. 33-8 invoqué en ce sens. Pomponius nous dit : « *Si quis creditori suo adrogandum se dederit et agetur de peculio cum adrogatore, idem puto dicendum, quod de herede dicitur* », c'est-à-dire (en liaison avec le fragment qui précède), que l'adrogeant, poursuivi *de peculio* du chef de l'adrogé, peut déduire du pécule de celui-ci ce qui lui était dû avant l'adrogation. Rien ne permet de supposer qu'il s'agissait d'une action *de peculio* portant sur le patrimoine de l'adrogé fictivement considéré comme son pécule et nous ne savons même pas si l'action était ici accordée pour des dettes antérieures à l'adrogation ⁽¹⁸⁾. Que Pomponius ait reconnu un effet rétroactif à l'adrogation, il n'en résulte pas nécessairement qu'il ait considéré comme un pécule l'ancien patrimoine de l'*adrogatus*.

L'opinion de Sabinus et de Cassius, rapportée d'une façon peu explicite par Ulpien au fr. 42 h. t., n'était peut-être pas spéciale à l'adrogation. Ces jurisconsultes décidaient plutôt d'une façon générale que l'action *de peculio* ne pouvait pas être intentée pour des dettes antérieures à la *concession peculii* et, *a fortiori*, pour celles antérieures à l'adrogation ou contractées sous une autre *potestas*. Ceux, parmi les jurisconsultes postérieurs, qui n'admettaient pas l'effet rétroactif de l'adrogation, invoquaient peut-être l'autorité de Sabinus.

(18) Sans doute, comme le remarque M. Desserteaux (*op. cit.*, n. 49), le droit pour le maître de déduire ce qui lui était dû par le *subjectus* avant que celui-ci fut en son pouvoir ne soulevait peut-être plus de contestations à l'époque de Pomponius; or, le texte de Pomponius suppose une difficulté résolue (*puto dicendum*). Mais la difficulté pouvait uniquement provenir de ce que l'adrogé n'était sous le pouvoir de personne lorsqu'il est devenu débiteur de son futur père adoptif.

nus et de Cassius dont ils suivaient la doctrine sur ce point spécial; et ils ne permettaient pas, non seulement que l'on considérât comme un pécule le patrimoine de l'*adrogatus*, mais encore, que les dettes antérieures à l'adrogation puissent grever le pécule postérieurement acquis.

Quoi qu'il en soit, il est fort probable qu'Ulpien ait considéré comme un pécule le patrimoine de l'adrogé. Ce devait être là pour lui une conséquence logique de l'effet rétroactif qu'il attribue à l'adrogation. Le jurisconsulte ne soumet plus, en effet, la formation du pécule à une condition positive la concession, mais à une condition négative, le *non adimere* ou *non prohibere*. Si l'*adrogatus* est censé avoir toujours été sous la *potestas* de l'adrogeant, son patrimoine peut être, et même doit être considéré comme un pécule ⁽¹⁹⁾. On

(19) Nous devons nous expliquer sur le fr. 52, pr. D. 15-1 (Paulus *lib. 4 quæstionum*) qui, à première vue, semble contraire à cette interprétation du fr. 42 h. t. (Cf. Solazzi, Studi Brugi, p. 227-228).

Il s'agit, au fr. 52 pr., du cas suivant : un esclave, passant pour libre, remplit la fonction de tuteur, puis est reconnu esclave. Trois questions sont posées et dans cet ordre : 1° Si le pupille agit contre le maître, ce dernier pourra-t-il déduire du pécule de l'esclave ce qui lui est dû, malgré le privilège du pupille; 2° faut-il distinguer suivant que les créances du *dominus* sont nées avant ou après la déclaration d'esclavage; 3° le pupille peut-il intenter contre le maître l'action de *peculio* ?

Une réponse affirmative est donnée aux deux premières questions. Il est touché à la troisième dans cette remarque finale : « *Quid ergo est ? Quia de peculio actio deficit, utilis actio in dominum quasi tutelæ erit : ut, quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intelligatur.* » Ainsi, l'action *tutelæ* de *peculio* n'est donnée que comme action utile et le patrimoine apparent de l'esclave est fictivement considéré comme un pécule. (Selon Peters, *Generelle und spezielle Aktionen*. — Z. S. S. f., t. 32 (1911), p. 255, l'action *tutelæ* qui pourrait être parfois intentée de *peculio* (cf. fr. 11 D. 26-7) ne pourrait pas l'être en l'espèce, aucune autorisation du maître n'ayant constitué en pécule le patrimoine apparent de l'esclave. V. en sens contraire : Solazzi, *Bull.*, t. 25 (1912), p. 104 suiv. A notre avis, la fin du texte : *ut quod etc.* montre que l'action dont il est question ici est une action *utilis tutelæ de peculio*).

Que l'action *tutelæ* donnée contre le maître de l'esclave tuteur

peut invoquer d'ailleurs l'analogie du *peculium castrense*. Le pécule castrense pouvant lui aussi se constituer sans autorisation, Tertullien, contemporain d'Ulpien, considérerait comme des *bona castrensia* les biens acquis aux armées par l'*adrogatus* (20). « Il y a

soit une action utile, cela pourrait s'expliquer par la qualité d'esclave du pseudo tuteur. (V. Buckland, t. R. L. of Slavery, p. 166). Mais, dans notre texte, l'action *tutelæ de peculio* est, semble-t-il, utile seulement en raison de la fiction : *ut quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intelligatur*.

Nous avons soutenu que, pour Paul comme pour Marcellus et Ulpien, une concession n'était pas nécessaire pour la formation du pécule *ex re aliena*. Les biens qui composent le patrimoine apparent de l'esclave ont été acquis *ex re aliena*. Etant donné que la déclaration d'esclavage vaut pour le passé, le patrimoine apparent du faux tuteur était réellement un pécule. Par conséquent, si la doctrine que nous avons attribuée à Paul était vraiment suivie par ce jurisconsulte, la fiction : *ut quod etc.* n'aurait eu aucune raison d'être.

En réalité, la remarque finale : *Quid etc.*, est une addition byzantine. Elle n'émane pas de Paul.

Le fr. 52 pr. est suspect. (V. les auteurs cités par l'Index Interpolationum). La discussion y est fort mal conduite. Parmi les trois questions posées, celle de savoir si le pupille peut intenter contre le maître l'action *de peculio* est la dernière et elle ne reçoit une réponse qu'à la fin du pr. Cependant, c'était la question essentielle; suivant la réponse qui lui était faite, les deux autres questions pouvaient ou ne pouvaient pas être soulevées. On comprendrait que l'exercice de l'action *de peculio* étant admis sans discussion, on se soit seulement demandé si et sous quelles conditions les créances du maître étaient dans cette action préférables à celles du pupille. Mais s'il y avait un doute sur la possibilité d'intenter l'action *de peculio*, ce doute devait être en premier lieu dissipé. La phrase *quia* est maladroitement rattachée à ce qui précède par les mots : *Quid ergo est* ? L'ensemble du passage est diffus et on peut relever contre son authenticité certains indices : nous signalons en ce sens l'absence du mot *actio* dans l'interrogation : *et an de peculio impuberi competat* ? — Sans avoir à examiner l'authenticité des autres parties du texte, nous pouvons affirmer que, soit l'interrogation : *et an de peculio etc.*, soit la fin du texte (*Quid ergo etc.*) sont des additions byzantines.

(20) Fr. 4, § 2 D. 49-17 (Tertullianus lib. sing. de pec. cast.) : « Si pater familias militæ tempore vel post missionem adrogandum se præbuerit, videndum erit ne huic quoque permissa intelligatur earum rerum administratio, quas ante adrogationem in castris adquisierit, quamvis constitutiones principales de his loquantur, qui ab initio cum essent filii familias militaverint. Quod admittendum est. »

M. Albertario croit ce texte interpolé (V. Appunti sul peculio castrense. Bull., t. 39 (1931), p. 30). A son avis, Tertullien répondait ainsi à la question posée : ...et non puto concedendam cum constitutiones principum de his loquantur, qui ab initio cum essent filii familias militaverint. Les mots : *quod admittendum est*

là, dit M. Desserteaux ⁽²¹⁾, des solutions qui font partie d'un ensemble doctrinal ; les biens de l'adrogé sont considérés, au point de vue des pécules *profectice* et *castrense* — et sans tirer de l'idée toutes les conséquences qu'on en pourrait déduire. — comme si l'adrogé avait été dans le passé le *filius familias* de l'adrogeant ».

IV. — Lorsque la concession du *paterfamilias* ne fut plus nécessaire pour la formation du pécule, l'action *de peculio*, nous l'avons dit, put être intentée à un moment où la personne en puissance ne possédait et n'avait encore jamais possédé aucune *res peculiaris*. Pouvait-on également invoquer une *versio in rem domini patrisve* avant toute apparition concrète du pécule ? La question présente pour nous le plus grand intérêt, si l'existence du pécule est une condition à défaut de laquelle aucune *versio in rem domini* n'est possible ou sanctionnée. En est-il ainsi et notre question doit-elle recevoir une réponse affirmative, il en résultera alors une preuve nouvelle de l'existence de plein droit du pécule (*juris intellectu*) auprès de chaque esclave ou fils de famille.

A. — Que devons-nous entendre par *in rem domini versio* ; dans quels cas une action *de in rem verso* était-elle possible ?

seraient interpolés. Nous admettons volontiers la substitution de *principum* à *principales* ; mais vraiment, Tertullien devait-il répondre négativement à la question posée ? M. Desserteaux a montré que parmi les juriconsultes classiques certains reconnaissaient un effet rétroactif à l'adrogation. Or, rien ne peut laisser croire que Tertullien n'ait pas fait partie de ces juriconsultes.

(21) Etudes sur la formation historique de la *capitis diminutio*, t. 2 (1), p. 353.

Le problème est assez complexe et de nombreux travaux lui ont été consacrés. Nous ne pouvons étudier ici ce sujet que d'une façon succincte et nous nous bornerons à défendre contre les critiques qui lui ont été faites la théorie de von Tuhr qui, dans ses grandes lignes, nous paraît la meilleure.

Les auteurs qui ont traité de l'action *de in rem verso* voient la cause de cette action, les uns dans un enrichissement personnel du *paterfamilias*, les autres dans un acte de gestion utile des affaires du chef de la *domus* par son esclave ou son fils (22).

Selon von Tuhr (23), l'action *de in rem verso* fut tout d'abord une action pour enrichissement injuste. L'auteur croit que, au début de l'époque classique, certaines acquisitions de *alieni juris*, qui accrurent plus tard son pécule (sans concession), n'y tombaient pas encore et que notamment les créances (*nomina pecuniaria*) n'en pouvaient pas faire partie. Il pense également qu'avant la formation de la notion d'obligation naturelle, on ne tenait aucun compte des créances du *subjectus* contre son *paterfamilias*. Donc, en conclut M. von Thur, assez souvent à cette époque, le

(22) V. les auteurs cités par von Tuhr, *Actio de in rem verso*, p. 3 suiv., et parmi les auteurs plus récents : en faveur de la première conception : Buckland, t. R. L. of Slavery, p. 179 suiv.; Beseler, Beiträge, t. 3 (1913), p. 192 suiv. Betti, Responsabilità nosale o peculiare, e responsabilità del pater (dominus) ne' limiti dell'arricchimento in diritto romano classico, dans Atti della Acc. Torino, t. 51 (1915-1916), p. 1363 suiv.; Jors Rom. Recht (1927), p. 187. En faveur de la deuxième : von Tuhr, *op. cit.*; Karlowa, R. R., t. 2, p. 1156-1159; Seckel, Die Haftung de peculio und in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach Klassischen römischen Recht-Festgabe Bekker (1907), p. 323 suiv., qui adopte complètement la théorie de von Tuhr, ainsi que Sohm, Institutionen (1924), p. 470. V. encore Pringsheim Animus donandi dans Z. S. S. f. R., t. 42 (1921), p. 300 suiv. Cf. Solazzi, Peculio e in rem versio nel diritto classico, Studi Brugi, p. 205 suiv.

(23) *Op. cit.* — V. sur cet ouvrage le compte rendu de M. Audibert (R. H. de droit, t. 22, p. 271).

créancier de l'esclave ou du fils ne pouvait pas atteindre dans le pécule de son débiteur la contre-partie qu'il avait fournie ou un équivalent consistant dans une créance naturelle contre le titulaire de la puissance ; la clause *de in rem verso*, complément de l'action *de peculio*, venait alors équitablement au secours du créancier en lui permettant d'obtenir paiement dans la mesure dont le *paterfamilias* se trouvait enrichi à ses dépens. Mais, par la suite, avec la reconnaissance de *debita naturalia* entre *paterfamilias* et *subjecti*, l'action *de in rem verso* aurait, selon von Tuhr, cessé d'être une action pour enrichissement : elle aurait été donnée dans les seules hypothèses, où le *subjectus*, ayant utilement géré les affaires du *paterfamilias*, avait acquis contre celui-ci une créance naturelle en libération : c'est cette créance qu'aurait fait valoir pour son propre compte le créancier qui avait concouru à la version ⁽²⁴⁾. Et, pense encore von Tuhr, comme cette créance a pour objet, moins un paiement à faire au pécule que la libération du *subjectus*, elle est le gage exclusif du créancier aux dépens duquel la *versio* a eu lieu.

Que l'action *de in rem verso* ait été donnée d'abord pour tout enrichissement du *paterfamilias*, ensuite dans les seules hypothèses de gestion, c'est, selon nous, certain. Nous nous écarterons, toutefois, du savant auteur en ce qui concerne les causes de cette transformation. En effet, nous avons vu, d'une part, que, dès le début de l'époque classique, le pécule pouvait s'ac-

(24) Ainsi, p. 131 : « Der Versionsgläubiger macht die Libérationsforderung des Sklaven zu eigenen Nutzen gelten. »

croître de tous les gains faits *ex re aliena* par le *subjectus* même s'il s'agissait de créances ⁽²⁵⁾, et que, d'autre part, bien avant la formation de la notion d'*obligatio naturalis*, on tenait compte des créances du *subjectus* contre son *paterfamilias* ⁽²⁶⁾. L'action de *in rem verso* fondue avec l'action de *peculio* et promise dans le même édit (*edictum triplex*) que l'action *quod jussu* reposait primitivement sur une idée commune à ces deux autres chefs de condamnation, celle de *jussus*. Par la *concessio peculii*, le *paterfamilias* était censé s'engager à reconnaître les obligations contractuelles du *subjectus* dans la mesure du pécule et dans celle de son enrichissement; autrement dit, le *paterfamilias*, qui, en concédant un pécule, a mis son esclave ou son fils en rapport d'affaires avec les tiers, est supposé avoir autorisé l'acte qui l'a enrichi et en avoir accepté les charges dans la mesure du bénéfice retiré. Lorsque l'idée de *jussus* ne fut plus à la base de la responsabilité adjectice de *peculio* et alors que l'on assimilait de plus en plus le pécule à un patrimoine, on en vint à une nouvelle conception de l'*in rem versio* : les règles relatives à l'*in rem versio* ne furent dès lors qu'une adaptation au droit du pécule des règles du droit commun romain.

Il convient de rechercher maintenant si, au milieu de l'époque classique, l'action de *in rem verso* supposait nécessairement, comme nous le croyons avec von Tuhr, une gestion d'affaires, ou si elle n'était encore

(25) V. *supra*, p. 148 suiv.

(26) V. *supra*, p. 151 suiv.

qu'une action pour enrichissement, comme on l'a maintes fois et même assez récemment soutenu (27).

Un des principaux textes sur lesquels s'appuie la théorie de von Tuhr, la fr. 3, § 2, D. 15-3, est déclaré interpolé par plusieurs auteurs qui le rectifient de diverses manières. Ulpien, si on en croit la compilation, nous dit ici : « *Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriore* ». On a voulu voir parfois, dans la phrase : *quotiensque aliquid etc.*, une allusion à des hypothèses autres que celles de gestion. Ainsi, von Tuhr (28) lui-même pense que le jurisconsulte exposait au fragment cité, d'abord un principe général (*totiens de in rem verso... actionem*), à savoir que l'action de *in rem verso* est donnée chaque fois que le *subjectus*, s'il était *sui juris*, aurait contre son *paterfamilias* une action de mandat ou de gestion d'affaires : puis, une exception à ce principe, en maintenant à côté de la nouvelle définition de l'*in rem versum* l'ancienne : *quotiensque aliquid etc.* Par ces derniers mots, le jurisconsulte aurait désigné des hypothèses, où il y avait bien gestion d'affaires, mais où la créance naturelle du *subjectus* était déjà éteinte. L'explication n'est pas satisfaisante. Comme le signale M. Beseler (29), le jurisconsulte semble placer sur le même plan les deux groupes d'hypothèses (*totiens — quotiensque*).

(27) Pour la réfutation des auteurs anciens, v. Tuhr, *op. cit.*, p. 3 suiv.

(28) *Op. cit.*, p. 16 et 293.

(29) B. t. 3, p. 193.

M. Beseler supprime dans notre texte, non seulement les mots suspects : *regulariter dicimus*, qu'il remplace par : *ait X*, mais encore la phrase : *quibus casibus... actionem* ⁽³⁰⁾. A son avis, ce sont les Byzantins qui, les premiers, ont voulu limiter l'*in rem domini versio* aux actes de gestion d'affaires, tandis qu'Ulpien visait simplement l'enrichissement du *paterfamilias*. Mais il nous semble que, même si la rectification proposée devait être admise, il n'en résulterait pas nécessairement que l'action *de in rem verso* fut une action pour enrichissement ; car la phrase maintenue par M. Beseler semble ne contenir qu'une définition de la gestion utile ou nécessaire (les seules sanctionnées par une action) ⁽³¹⁾. En réalité, la phrase *quibus casibus* doit être maintenue ⁽³²⁾. Nous trouvons ailleurs une semblable assimilation entre la *versio* et la *negotiorum gestio* et l'analogie des fr. 3, § 4, 5, § 3 et 17 pr. D. 15-3 avec notre paragraphe est décisive ⁽³³⁾. Dans les deux derniers de ces textes, Ulpien et Africain (citant Julien), relativement à des hypothèses concrètes, soumettent l'existence de l'action *de in rem verso* aux conditions sous lesquelles un procurateur

(30) V. en ce sens également : Pflüger, Cic. Red. 79, n. 133; Donatuti, Ann. Perugia, t. 33 (1921), p. 692; Krüger, Suppl. (Cf. Albertario, Procurator unius rei, p. 25, n. 8, qui supprime dans cette phrase *mandati vel*); en sens contraire : Riccobonno, Annali Palermo, t. 3-4 (1917), p. 406-407, qui supprime : « *et regulariter dicimus* », puis, « *aut meliorem aut* », et Solazzi, Rendiconti Lombardo, t. 56 (1923), p. 740-742, dont nous adopterons les corrections.

(31) V. en ce sens Karlowa, R. R., t. 2, p. 1156, et Solazzi, *op. cit.*, t. 56 (1923), p. 740-742.

(32) M. Solazzi se prononce en ce sens.

(33) Nous empruntons l'argument à M. Solazzi, *l. c.*, qui ne cite d'ailleurs que les fr. 3, § 4 et 17 pr., les seuls importants pour la théorie qu'il soutient dans cet article.

aurait l'action de mandat ou de gestion d'affaires ⁽³⁴⁾. Et, au fr. 5, § 3, Ulpien emploie la formule même qu'il utilise dans sa définition de l'*in rem versum* (*totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiores eum facit nummis peculiaribus*). Toutefois, la formule du fr. 3, § 2, est peu logique : *totiens* et *quotiensque* devraient introduire des groupes différents d'hypothèses; or, les deux parties du passage font double emploi. La reconstitution du fr. 3, § 2, faite par M. Solazzi, sur le modèle du passage d'Africain inséré au fr. 17 pr., nous semble pleinement satisfaisante. Ulpien disait vraisemblablement au fr. 3, § 2 : « ...⁽³⁵⁾ *totiens de in rem verso esse actionem, quotiens aliquid consumpsit servus ut aut rem meliorem dominus*

(34) Fr. 3, § 4 D. 15-3. Ulp., lib. 29 ad ed.) : « *Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, NON VIDETUR VERSUM, QUIA NEC PROCURATOR HAEC IMPUTARET.* » Nous n'insérons pas la fin du texte manifestement interpolée. V. en ce sens Solazzi, *l. c.*; cf. également pour des suppressions moins importantes : Beseler, *Beiträge*, t. 3, p. 184; Riccobonno, *op. cit.*, p. 338, 486; Biondi, *Bull.* 29 (1916), p. 228, n. 2; Pampaloni, *Riv. ital. sc. giur.*, t. 49 (1911), p. 240. L'assimilation de la *versio* du *servus* à la gestion du *procurator* est évidente dans la première partie du paragraphe, même si on doit y effacer avec M. Riccobonno, *l. c.* : *et quibusdam aliis*, ou encore avec M. Beseler (*op. cit.*, t. 3, p. 184) : *tectoriis... utilitatem*.

Fr. 17 pr. D. 15-3 (Africanus lib. 8 quæst.) : « *Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit : nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavit. NAM ET SI PROCURATOR MEUS IN NEGOTIA MEA IMPENSURUS PECUNIAM MUTUATUS SINE CULPA EAM PERDIDERIT, RECTE EUM HOC NOMINE MANDATI VEL NEGOTIORUM GESTORUM ACTURUM.* » « *Mandati vel* » est déclaré interpolé par MM. Albertario (cité par Ind. Interp.) et Donatuti *Annali Perugia*, t. 33 (1921), p. 679, mais v. en sens contraire Solazzi, *l. c.*; toutefois, le mot *actione* manque entre *gestorum* et *acturum* et l'on pourrait voir là un indice d'interpolation, mais il se peut que le mot *actione* ait été omis par un copiste. (Ce texte serait encore considéré comme suspect par M. Hijmans, selon Ind. Interp.).

(35) Il se peut fort bien que notre texte ne contienne que la citation par Ulpien d'un autre jurisconsulte : en ce sens, Beseler, *op. cit.*, t. 3., p. 193, qui remplace : *et regulariter dicimus* par *ait X*.

habuerit aut non deteriore ⁽³⁶⁾ : *quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem* ». Les compilateurs, qui, M. Solazzi l'a établi, à la différence des classiques, n'entendent par *procurator* que le mandataire, ont bouleversé l'ordre du texte d'Ulpien et inséré : *vel... gessit*, pour opposer au *procurator* le *negotiorum gestor*.

On a voulu encore tirer argument en faveur de la théorie de l'enrichissement et contre celle de la gestion d'affaires de différents textes qu'il faut maintenant examiner. D'abord, du fr. 7 pr., § 1, D. 15-3 (Ulp. lib. 20 ad ed.) : « pr. *Et ideo et si donaverit servus domino rem peculialem, actio de in rem verso cessabit, et sunt ista vera.* — § 1. *Plane si mutuum servus acceperit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculialem, de in rem verso actio est* ».

M. Beseler ⁽³⁷⁾ supprime tout le *proemium* de ce fragment, puis, au paragraphe 1, la proposition : *dum ...peculialem*. Le texte, ainsi corrigé, semble évidemment favorable à la théorie de l'enrichissement, défendue par l'auteur. Mais le passage d'Ulpien doit, à notre avis, être rectifié différemment. Dans le *proemium*, seuls les mots inutiles et suspects : *et sunt ista vera* sont à effacer ⁽³⁸⁾. Nous conserverons par contre même les mots *et ideo et* supprimés par M. Pring-

(36) Nous ne prenons pas parti sur l'authenticité des mots *aut meliorem*, *aut* supprimés par M. Riccobonno, *Annali Palermo*, t. 3-4, p. 406.

(37) *Beiträge*, t. 3, p. 194; *Z. S. S. f. R.*, t. 45 (1925), p. 465; également Krüger, *Suppl.*

(38) Ils sont déclarés interpolés par M. Pringsheim, *Z. S. S. f. R.*, t. 42 (1921), p. 300.

sheim ⁽³⁹⁾. Comme le reconnaît M. Beseler le fr. 7 pr. est la suite du fr. 5, § 3, extrait du même ouvrage d'Ulpien ⁽⁴⁰⁾. Or, si on compare ces deux textes, on s'aperçoit que la décision rendue au fr. 7 pr. est la conséquence logique de la règle énoncée au fr. 5, § 3. Ulpien nous dit au fr. 5, § 3 : « *Placet, non eam pecuniam in rem verti, quæ statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quæ prius fuerit in peculio...* ». Mais la règle exposée dans une trop large formule avait besoin d'une limite qu'Ulpien s'empresse de lui donner. Il n'en est ainsi, dit-il, que s'il y a gestion d'affaires de la part de l'esclave : « *hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiore eum facit nummis peculiaribus...* ». Pour préciser cette limite, le jurisconsulte envisage tout d'abord une hypothèse qui, à son avis, ne soulève aucune difficulté : « *Alioquin, si servo peculium dominus adimat, vel si vendat eum cum peculio, vel rem ejus peculiarem et pretium exigat, non videtur in rem versum* ». Ulpien était alors tout naturellement amené à l'hypothèse moins simple envisagée au fr. 7 pr. La chose, acquise par l'esclave et tout d'abord tombé au pécule, est parvenue au patrimoine du maître, non par un acte de ce dernier, mais par un acte de l'esclave : « *et si donaverit servus domino rem peculiarem* ». Le jurisconsulte refuse encore l'action *de in rem verso*, parce qu'il n'y a pas gestion d'affaires même dans ce cas (*et si*) et comme conséquence (*et ideo*) de la doctrine qu'il

(39). *L. c.*

(40) V. d'ailleurs Lenel, *Balingenesia*, Ulpianus, n° 856.

vient d'exposer (fr. 5, § 3 : *Placet... peculiaribus*) ⁽⁴¹⁾. Le paragraphe 1, au contraire, est des plus suspects ⁽⁴²⁾. Les mots : *donandi animo*, maintenus par M. Beseler, sont reconnus interpolés par M. Pringsheim ⁽⁴³⁾. Même si on n'admet pas avec cet auteur que les classiques n'appréciaient la gestion d'affaires qu'à un point de vue objectif, on doit cependant reconnaître que les Byzantins ont attribué à l'*animus* un rôle essentiel qu'il n'avait pas dans le droit du haut empire. Le texte contient une répétition inexplicable (« *et donandi animo solvit, dum non vult eum debiliorem facere peculiarem* »). Il était probablement question ici d'un paiement fait par un esclave à un créancier de son maître au moyen de deniers prêtés ⁽⁴⁴⁾. Mais le paragraphe ne contient pas l'exposé de l'hypothèse sur laquelle Ulpien raisonnait soi-disant et aucun jurisconsulte ne se serait exprimé d'une façon aussi énig-

(41) Selon M. Buckland, t. R. L. of Slavery, p. 179, l'action *de in rem verso* est refusée ici parce que la donation faite par l'esclave est nulle, celui-ci n'ayant pas un tel pouvoir. Comme acte de l'esclave, dit M. Buckland, la donation est nulle, comme acte du maître, c'est un retrait dolosif. Nous objecterons que la défense de donner ne s'applique qu'aux donations faites à des tiers. L'incapacité dont le *subjectus* se trouve frappé relativement à l'administration de son pécule a pour but de protéger le *paterfamilias*, non les tiers. Il est, en second lieu, peu vraisemblable que l'on ait considéré l'acceptation du maître comme dolosive, alors que le plus souvent celui-ci devait ignorer les dettes de son esclave.

(42) La lecture *actio cessat* proposée par Windscheid et Baron n'est pas admise en général; v. notamment en sens contraire : von Tuhr, *Actio de in rem verso*, p. 188, et Schlossmann, *Jherings Jahrb.*, t. 23 (1896), p. 85. (V. l'explication de ce texte donné par Schlossmann, *l. c.*, et la réfutation de von Tuhr, même recueil, p. 437 suiv.).

(43) Article cité Z. S. S. f. R., t. 42 (1921), p. 300-301.

(44) Selon Ruhstrat, *Jherings Jahrb.*, t. 15 (1877), p. 289 suiv., t. 19 (1881), p. 442; von Tuhr, *Actio de in rem verso*, p. 199 (mais v. *Jherings Jahrb.*, t. 23 (1896)) ; cf. Buckland, *op. cit.*, p. 179, l'esclave aurait emprunté avec l'intention de gérer les affaires de son maître, puis aurait remis les deniers à celui-ci *animo donandi*. Mais le mot *solvere*, employé dans ce texte, ne permet pas cette interprétation. V. en ce sens Schlossmann, *Jherings Jahrb.*, t. 53 (1896), p. 85; Pringsheim, *op. cit.*, p. 303.

matique. Enfin, *eum* est isolé au point qu'on peut se demander quel personnage il désigne. Pour toutes ces raisons il faut, à notre avis, laisser de côté ce texte, qui pourrait à la rigueur se concilier avec la théorie de la gestion ⁽⁴⁵⁾, mais qui n'est vraisemblablement qu'une glose ajoutée par un professeur byzantin au texte original d'Ulpien.

Les fr. 2 et 3 pr. D. 15-3 semblent, eux aussi, au premier abord, favorables à la théorie de l'enrichissement ⁽⁴⁶⁾ — Fr. 2 (Javolenus *lib. 12 ex Cassio*) : « *Qui nummis acceptis servum manumisit, agi cum eo de in rem verso non potest, quia dando libertatem locupletior ex nummis non fit* ». — Fr. 3 pr. (Ulp. *lib. 29 ad ed.*) : « *Quod si servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari, in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo quod servus dedit quam est in servi pretio* ».

Dans ces deux textes, Javolenus et Ulpien paraissent bien ne pas limiter l'*in rem versio* aux seuls actes de gestion. Il n'y a certes pas gestion de l'affaire du maître dans l'hypothèse prévue par Javolenus et c'est à bon droit que le jurisconsulte refuse l'action *de in rem verso*. Mais ce n'est pas l'absence de gestion, c'est le non enrichissement du maître qui justifie sa décision (*quia locupletior non fit*). Sans doute, le plus souvent, lorsque les jurisconsultes disent que le maître est *locupletior*, ils veulent simplement indiquer qu'il a bé-

(45) Ainsi, mais de façons différentes, von Tuhr, *Actio de in rem verso*, p. 199 suiv.; Jherings *Jharb.*, t. 23 (1896), p. 439; Pringsheim, *op. cit.*, p. 300 suiv.

(46) Ils sont invoqués en ce sens par M. Buckland, *op. cit.*, p. 180.

néficié d'un acte de gestion nécessaire ou utile. Mais ici il n'y a aucune espèce de gestion et le jurisconsulte nous dit que le maître n'est pas effectivement enrichi, parce que, en contre-partie des deniers reçus, il a affranchi l'esclave.

Ulpien est censé dans la compilation déduire de cette doctrine une conséquence qui pourrait sembler en découler naturellement. Si l'esclave s'est payé plus cher qu'il ne valait le maître est enrichi et le tiers qui a prêté le prix de la liberté pourra réclamer cet enrichissement au moyen de l'action *de in rem verso*. Mais la décision attribuée à Ulpien n'a, en réalité, jamais été rendue par ce jurisconsulte et le fragment 2 lui-même n'a pas la force probante qu'on est tout d'abord tenté de lui donner. Le passage de Javolenus, extrait du livre 12 *ex Cassio*, n'est vraisemblablement qu'une citation de ce jurisconsulte. Or, certainement pour Cassius tout enrichissement du maître constituait un *in rem versum*. C'est ce texte qui a poussé les compilateurs à modifier le fragment d'Ulpien qui vient tout de suite après au Digeste. Le raisonnement des Byzantins paraît logique, mais on peut se demander si Cassius lui-même aurait admis la conséquence qu'Ulpien est censé tirer de sa doctrine. Souvent le maître n'aura consenti à affranchir l'esclave que parce que celui-ci lui aura offert une somme importante. Est-il juste alors d'arracher des mains du maître le bénéfice escompté par lui et somme toute légitime ? Comme le remarque von Tuhr, qui soutient l'interpolation du fr. 3 pr., la règle attribuée à Ulpien permettrait à l'esclave de connivence avec un tiers d'exproprier en

quelque sorte le maître (47). En outre, est-il à penser qu'à l'époque d'Ulpien et même avant on ait accordé l'action *de in rem verso* lorsque l'esclave, ayant emprunté de l'argent pour acheter une *res* à son maître, avait payé celle-ci plus cher qu'elle ne valait ? (48). Or, quelle différence il y a-t-il entre cette hypothèse et celle envisagée au fr. 3 pr. (49) ? La même solution ne s'imposait-elle pas dans les deux cas ? Si le jurisconsulte auquel appartient le fr. 2 voulait nous dire qu'il n'y avait pas d'*in rem versum* lorsque le prix payé par l'esclave correspondait à la valeur de celui-ci, il aurait perdu son temps car cela allait de soi. La question de l'existence d'un *in rem versum* ne pouvait se poser que lorsque le prix était supérieur à la valeur de l'esclave. L'ancien jurisconsulte répondait alors que l'action *de in rem verso* était refusée, c'est-à-dire qu'elle l'était toujours en cas de *redemptio suis nummis* de l'esclave, parce que le maître n'était jamais enrichi. Peut-on dire que le maître est *locupletior, si quid plus sit in eo, quod servus dedit, quam est in servi pretio* ? Oui, si on se place à un point de vue économique, non,

(47) Von Tuhr, *Actio de in rem verso*, p. 178 suiv. M. Solazzi, *Bull.*, t. 18 (1906), p. 243 *i. f.* et 244, objecte que le maître n'avait qu'à se renseigner, et que, dans l'acte d'affranchissement de Marcus Aurelius Ammonion, on indique spécialement que les deniers ont été donnés par Ales Inaroutis. Mais, dans cet acte, on pouvait avoir indiqué qu'il y avait eu donation de la part d'Ales Inaroutis pour empêcher que celui-ci vienne réclamer la somme, non par l'*actio de in rem verso*, mais par l'*actio de peculio*. Et, en effet, puisque nous en sommes réduits aux hypothèses, on peut supposer que M. A. Ammonion a fait ademption du pécule : cela d'ailleurs est vraisemblable.

(48) L'argument est présenté par von Tuhr, *op. cit.*, p. 179.

(49) Nous n'entendons pas, certes, considérer le pacte relatif à l'affranchissement comme un contrat de vente; il ressemble plutôt à un contrat innomé (v. en ce sens von Tuhr, *op. cit.*, p. 180 *i. f.*), mais cette différence ne motive pas des solutions diverses, relativement à l'existence d'un *in rem versum*.

si on se place à celui de l'action *de in rem verso*. L'enrichissement qui entraînait primitivement en ligne de compte dans l'action *de in rem verso*, était l'enrichissement injuste, or dans notre hypothèse le bénéfice réalisé par le maître est légitime. A plus forte raison, Ulpien, qui partout ailleurs limite les cas de *versio* à ceux de gestion, devait refuser l'action *de in rem verso* au fr. 3 pr. Il nous disait vraisemblablement ici que le créancier n'avait qu'un mince intérêt à intenter l'action *annalis de peculio et de in rem verso*; parce que, d'une part, les deniers prêtés avaient cessé de faire partie du pécule avec le paiement suivi d'affranchissement, et parce que, d'autre part, il n'y avait pas *in rem versio*, encore que le prix versé fut supérieur à la valeur de l'esclave. Peut-être les compilateurs ont-ils simplement supprimé le mot *nec* devant *in rem* ⁽⁵⁰⁾.

Les Byzantins comprenant mal le texte de Javolenus ont cru qu'il en découlait la règle qu'ils attribuent à Ulpien et, comme cette règle leur semblait à tort équitable, ils l'ont fait passer dans la compilation pour la couvrir de l'autorité d'un grand jurisconsulte ⁽⁵¹⁾.

(50) Von Tuhr, *op. cit.*, p. 182, pense que les compilateurs ont effacé à la fin de notre texte les mots : *Si dominus non manumiserit*. Mais, à notre avis, il n'y a pas davantage gestion d'affaires que le maître ait ou non affranchi l'esclave.

(51) Le fr. 12, D. 14-3 semble peu favorable à la théorie de la gestion (V. Buckland, *op. cit.*, p. 180) mais il est suspect (V. Lenel, *Ed. Perp.*, p. 261-263, cf. déjà Beseler, *Z. S. S. f. R.*, t. 45 (1925) p. 464). V. également la manière dont M. von Tuhr explique ce texte (*op. cit.*, p. 260).

On a enfin invoqué en faveur de la théorie de l'enrichissement l'emploi fréquent à l'occasion de l'*in rem versio* du mot *locupletior* du verbe *pervenire*, qui viseraient un enrichissement personnel du maître ou un passage injuste de valeur dans son patrimoine. Mais le maître, qui bénéficie d'une bonne gestion, peut être considéré comme enrichi et c'est cet enrichissement spécial que visent ordinairement ces deux termes, lorsqu'ils sont employés à l'occasion de l'*in rem versio*.

La théorie, qui voit dans la *versio* une gestion des affaires du *paterfamilias* par le *subjectus*, nous semble s'appuyer sur des arguments décisifs. Le principe énoncé par Ulpien au fr. 3, § 2, D. 15-3, aux termes duquel l'action *de in rem verso* est donnée dans les cas, mais dans ceux-là seuls, où le *subjectus*, s'il était *sui juris*, posséderait contre son *paterfamilias* une action de mandat ou de gestion d'affaires, est fidèlement suivi par les jurisconsultes, à partir du deuxième siècle de l'ère chrétienne. A différentes reprises, les jurisconsultes, pour justifier leurs décisions, assimilent la *versio* à une *gestio* (52); et, partout ailleurs, quand ils accordent l'action *de in rem verso*, l'action *negotiorum gestorum contraria* serait possible, s'il s'agissait de rapports entre *sui juris*, tandis qu'elle ne pourrait pas naître, dans les cas où il n'y a pas de *versio* (53).

Particulièrement significative est la règle suivie lorsque l'objet de la *versio* a péri, ou en général, lorsque celle-ci, par suite de cas fortuits, n'a procuré aucun enrichissement réel au *paterfamilias*. Si notre action supposait uniquement un enrichissement injuste du *paterfamilias* on comprendrait difficilement qu'elle soit accordée alors que l'enrichissement n'existe pas; or, notre action peut cependant être intentée comme le serait en pareil cas l'action *negotiorum gestorum contraria* (54).

(52) Ainsi fr. 3, §§ 2 et 4; 5, § 3; 17 pr. D. 15-3.

(53) V. l'étude de ces textes chez von Tuhr et Seckel, *l. c.*

(54) Africain, dans un texte déjà cité (17 pr. D. 15-3), nous rapporte la décision suivante de Julien. Un esclave emprunte une somme d'argent destinée à la *res* de son maître, puis il perd l'argent *sine culpa*. Julien déclare que l'action *de in rem verso* doit être donnée cependant (*nihil ominus posse de in rem verso agi*), parce que, dit-il, si la même chose était arrivée à mon *procurator*,

Très favorable à la théorie de la gestion est la règle aux termes de laquelle l'*in rem versum* cesse lorsque le *subjectus* devient débiteur du *paterfamilias* ⁽⁵⁵⁾. Ce-

celui-ci aurait contre moi l'action de mandat ou de gestion d'affaires.

Ulpien, aux fr. 3, §§ 7, 8, 10, D. 15-3, accorde lui aussi l'action de *in rem verso*, dans des hypothèses analogues. Le paragraphe 10 de ce fr. 3 mérite une étude spéciale. Un esclave emprunte de l'argent pour acheter des vêtements destinés à la *familia* de son maître et perd les deniers. Ulpien se demande qui, du vendeur et du prêteur pourra intenter l'action de *in rem verso* ? Il fait une digression : je pense, dit-il, que si le prix des vêtements est payé, le créancier pourra agir de *in rem verso*, même si les vêtements ont été détruits. Puis, il revient à la question posée. Il décide que, si, le prix des vêtements n'étant pas payé, ceux-ci ont été livrés et distribués à la *familia*, le prêteur aura l'action de *in rem verso*, alors même que les deniers auraient été perdus, parce qu'ils ont été empruntés *ut vestis emeretur*. Le vendeur lui aussi aura cette action, ajoute Ulpien. Le jurisconsulte en arrive alors au cas extrême, où vêtements et deniers ont péri et il accorde encore l'action de *in rem verso* au vendeur et au prêteur. Le *paterfamilias* se trouve ainsi tenu, vis-à-vis du prêteur pour l'étendue du prêt, vis-à-vis du vendeur pour la valeur des vêtements et cependant il ne bénéficie ni des deniers ni des vêtements. Il n'est certes guère enrichi par les opérations malheureuses de son esclave, mais il est doublement obligé parce qu'il y a eu gestion de ses affaires. Le *negotium* complexe de l'esclave était, en effet, nécessaire, et, si les choses ont mal tourné, c'est *sine culpa servi* et par suite d'un fâcheux concours de circonstances.

Un texte de Gaius (4 D. 15-3), qui, dans la compilation, suit immédiatement celui d'Ulpien, contient une décision contraire à celle énoncée au fr. 3, § 10. Dans la dernière hypothèse envisagée par Ulpien, Gaius accorde l'action de *in rem verso* seulement au plus diligent des deux créanciers : « *Sed dicendum est occupantis meliorem conditionem esse debere : nam utrisque condemnari de in rem verso iniquum est* ». Ce texte est certainement interpolé (cf. déjà Buckland, *op. cit.*, p. 178). Sa brièveté le rend tout d'abord suspect et on remarquera l'expression : « *sed dicendum est* », souvent employée par les Compilateurs. La vente et le prêt conclus par l'esclave constituent un seul *negotium*. En effet, pour les jurisconsultes classiques, différents contrats passés en vue d'un but commun constituent un même acte juridique. Aussi Ulpien nous dit-il que, dans l'hypothèse qu'il prévoit, le maître est tenu vis-à-vis de deux personnes *ex una causa* (« *unde incipit dominus teneri ex una causa duobus* »). Ce résultat, qui étonnait Ulpien lui-même, semble inadmissible aux Compilateurs (*iniquum est*). Il est injuste, pensent ceux-ci, que le maître soit tenu vis-à-vis des deux créanciers; aussi n'accordent-ils l'action qu'à l'un d'entre eux. Mais, ne sachant lequel choisir, ils appliquent à la clause relative à l'*in rem versum* la loi du premier occupant suivie en matière d'action de *peculio*. On ne peut guère supposer qu'un jurisconsulte comme Gaius ait jamais rendu pareille sentence. Le créancier qui agit de *in rem verso* n'est pas dans la même situation que celui qui ne peut réclamer son dû que sur le *peculium*. Si ce dernier agit trop tard, il ne touchera rien, par suite de l'insolvabilité de son débiteur; le créancier pour version s'adresse à un débiteur solvable, le maître, et il doit être payé intégralement.

(55) V. fr. 10, §§ 7, 8, 9, D. 15-3.

la s'explique, en effet, particulièrement bien si la *versio in rem* suppose toujours l'existence d'une créance naturelle du *subjectus* contre son *paterfamilias*, car il y a alors compensation ⁽⁵⁶⁾.

Sans doute, l'action *de in rem verso* peut être intentée après le décès du *subjectus*, c'est-à-dire à un moment où la créance naturelle que celui-ci possédait contre le *paterfamilias* est déjà éteinte. Mais la formule employée dans ce cas est celle de l'*actio annalis de peculio*, qui, par sa rédaction spéciale, permettait de tenir compte de l'*in rem versum*, comme elle permettait d'obtenir le paiement de la dette du *subjectus* dans la mesure du pécule et d'accroître encore ce dernier de tout ce qui était dû naturellement par le maître, bien que le *subjectus* ne soit plus.

B. — L'action *de in rem verso* suppose une créance naturelle de l'*alieni juris* contre son *paterfamilias*. Cette créance doit-elle être nécessairement un élément du pécule du *subjectus*; peut-elle naître et donner lieu à l'action *de in rem verso* à un moment où le *subjectus* ne possède pas de pécule ?

Von Tuhr ⁽⁵⁷⁾, partant de cette idée que la créance naturelle qui sert de base à notre action est une créance en libération, et adoptant la doctrine généralement admise, selon laquelle le pécule n'existe que *concedente domino*, distingue suivant qu'il s'agit d'esclaves ou de fils. La dette contractée par un *servus sine peculio* est, selon von Tuhr, sans conséquence ju-

(56) Sur la compensation entre les créances et dettes réciproques du *paterfamilias* et de ses *subjecti*, v. *infra*, p. 750 suiv.

(57) *Op. cit.*, p. 242, suiv.

ridique pour celui-ci, bien qu'elle vaille *jure naturali*; elle ne peut donc pas faire naître à son profit une créance en libération contre son *paterfamilias*; d'où cette autre conséquence : l'action *de in rem verso* ne peut être intentée que du chef d'un esclave ayant un pécule au moment de la conclusion du contrat. L'auteur admet une solution différente, lorsque les affaires du *paterfamilias* ont été spontanément et utilement gérées par un *filius*. Ce dernier, pense von Tuhr, s'obligeant civilement envers les tiers et demeurant tenu après sa sortie de puissance, possède de ce chef, et indépendamment de tout pécule, une créance en libération contre son *paterfamilias* en cas de version.

Il est, à notre avis, inexact de considérer comme demeurant toujours sans conséquence pour celui qu'elle frappe la dette naturelle du *servus sine peculio*. En effet, les dettes contractées par cet esclave dans l'intérêt de son maître grèveront le pécule qui pourra lui être par la suite concédé et on doit logiquement penser que dès ce jour, au moins, naîtra à son profit une créance naturelle en libération.

Mais il semble bien que, pour les jurisconsultes classiques, l'action *de in rem verso* n'ait pu être intentée que lorsque l'*alieni juris*, fils ou esclave, avait ou avait eu un pécule.

Le créancier, qui agit *de in rem verso*, fait valoir pour son propre compte la créance naturelle que son débiteur possède contre le *paterfamilias*. Qu'une créance simplement naturelle puisse donner lieu à une action, que le tiers subrogé au créancier ait un droit plus fort que ce créancier lui-même, ce sont, on

l'avouera, choses en elles-mêmes assez surprenantes. Il n'est guère vraisemblable que, au cours de l'époque classique, les jurisconsultes aient fait découler de la clause édictale un pareil système, s'il n'avait pas été possible de l'expliquer juridiquement. Or, cette subrogation du tiers au *subjectus* n'est pas choquante, mais au contraire toute naturelle, si on admet qu'elle se produit seulement lorsque l'*alieni juris* a un pécule dont fait partie la créance naturelle née de la version. En effet, c'est le droit commun du pécule que les créanciers contractuels du *subjectus* se fassent payer par le *paterfamilias* sur le montant de ce que celui-ci doit à leur débiteur ⁽⁵⁸⁾.

Les jurisconsultes, qui fondaient l'*in rem domini patrisve versio* sur une gestion, voyaient dans cette subrogation une application normale du droit du pécule et ils interprétaient la clause édictale comme ayant simplement établi un privilège en faveur d'un des créanciers du pécule. Le créancier pour version, dit Ulpien ⁽⁵⁹⁾, a une action meilleure que les autres créanciers du pécule (*uberiorem actionem habet*). Il con-

(58) On a soutenu qu'on ne pouvait tenir compte de l'*in rem versio* qu'en insérant dans la formule de l'action pour version une double fiction : le *subjectus* serait censé être *sui juris* et avoir cédé ses actions au créancier (V. les auteurs cités par M. v. Tuhr, *op. cit.*, p. 8 et en sens contraire v. Tuhr, *l. c.*). Il n'était, en réalité, nullement besoin de feindre une cession de créance. Le créancier possède légalement le droit de faire valoir la créance du *subjectus*. Il y a là quelque chose d'analogue à l'action oblique du droit français (art. 1166 Code Civil). Le créancier personnellement subrogé au *subjectus* aura un droit plus fort que celui-ci, car il pourra exiger le paiement d'une créance dont son propre débiteur n'était investi que naturellement. Mais il en est ainsi de toutes les créances naturelles du *subjectus*, faisant partie de son pécule. Les tiers pourront en exiger le paiement à leur profit par l'imputation au pécule, bien que ces créances ne soient que naturelles.

(59) Er. 1, § 2, D. 15-3.

(60) Fr. 10, §§ 6 et 7, D. 15-3, cf. §§ 8 et 9.

vient, en outre, de remarquer que la créance naturelle née de la version faisait partie du pécule du *subjectus* puisqu'elle pouvait être éteinte par un paiement *in peculium* ⁽⁶⁰⁾.

De tout temps il fut impossible d'agir *de in rem verso* du chef d'un esclave ou d'un fils *sine peculio* ; primitivement, parce que le *paterfamilias* n'était déclaré responsable, même du chef de l'*in rem versum*, que s'il avait fait une concession de pécule, ensuite, parce que seule l'entremise du pécule permettait la substitution d'un tiers au *subjectus* à l'égard des droits que ce dernier possédait contre son *paterfamilias* ⁽⁶¹⁾.

C. — Nous ne croyons pas cependant que cette exigence de l'existence du pécule ait dû nécessairement avoir, à l'époque classique, une répercussion sur la formule de l'action pour version.

M. Lenel a montré dans son remarquable ouvrage sur l'édit perpétuel que les actions *de peculio* et *de in rem verso* avaient une formule identique et il est certain qu'elles étaient ordinairement liées de façon à ne former que deux chefs différents de condamnation d'une même action ⁽⁶²⁾. Mais, l'une ou l'autre de ces

(61) D'ailleurs pour les juriconsultes qui fondaient l'*in rem domini versio* sur une gestion, il suffisait que la créance naturelle du *subjectus* ait fait partie à un moment du pécule. Il n'était pas nécessaire, nous l'avons dit, que le *subjectus* ait un pécule au moment même de la version, et il n'était pas non plus nécessaire que le pécule subsiste au moment de l'action *de in rem verso*. Cette action pouvait être intentée après l'ademption du pécule ou alors que l'*actio annalis de peculio* était déjà prescrite (fr. 1, § 1, D. 15-3). On comprend que l'ademption du pécule n'ait eu aucun effet en matière d'action *de in rem verso*. Il n'appartenait pas au maître de ne plus vouloir être débiteur, alors que la créance naturelle du *subjectus* était devenu le gage d'un tiers. Si l'action *de in rem verso* peut être intentée après l'extinction de la puissance paternelle, c'est grâce à la fiction de l'action *annalis* dont on employait la formule.

(62) Lenel, *Edit Perpetuel*, t. 1, p. 324 suiv., *Edictum Perpetuum*, p. 279.

clauses devait disparaître lorsqu'elle n'était pas utile et il résulte ainsi des sources que l'action *de peculio* pouvait être donnée sans la clause relative à l'*in rem versum* ⁽⁶³⁾. M. Solazzi ⁽⁵⁴⁾, cependant, pense que, à l'époque classique, l'action *de in rem verso* ne pouvait jamais être *pura*. Selon l'éminent romaniste, le prêteur devait, dans tous les cas, prescrire au juge de rechercher au préalable si un pécule existait, pour n'apprécier qu'ensuite l'*in rem versio*. Cette théorie, difficile à concilier avec les textes ⁽⁶⁵⁾, peut être con-

(63) V. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 279 i. f. ; Solazzi, *Studi Brugi*, p. 207 suiv. Les principaux textes invoqués (et les seuls qui le soient encore par M. Lenel dans la troisième édition de l'*Edictum Perpetuum*) sont les fragments 1, § 10, D. 15-2 et 19, D. 15-3. L'argument que M. Lenel déduit du fr. 19 D. 15-3 est incontestablement très fort (*Ed. Perpet.*, p. 280, n. I : « Wenn in letzterer Stelle die adjectio der Klausel für notwendig erklärt wird, so folgt daraus per contrarium, dass sie in andern Fällen nicht notwendig war »). Mais l'authenticité des mots : « *in quam actionem... filii excessit* » est des plus douteuses (ces mots sont considérés comme interpolés par M. Beseler, *Beiträge*, t. 3, p. 194). On a également soutenu, mais à tort, l'interpolation du fr. 1, § 10, D. 15-2. Selon Lusignani (d'après *Index Interpolationum*) et MM. Albertario (*Annali Perugia*, t. 32, 1920, p. 222) et Bonfante (*Ist.*, p. 135), ce texte serait interpolé depuis *dumtaxat*. Mais ces deux derniers auteurs n'invoquent pas de nouveaux arguments et la théorie de Lusignani a été réfutée d'une manière décisive par M. Solazzi, *l. c.*

(64) *Op. cit.*, p. 211 suiv.. V. contre la théorie de M. Solazzi : Betti, *Responsabilità nosale o peculiare, e responsabilità del pater (dominus) ne limiti dell'arricchimento in diritto romano classico* (Atti Torino, t. 51, 1915-1916), p. 1363 suiv.; Levy, *Zum Gaius von Oxyrhynchos* (Studi Bonfante, t. 2), p. 281, n. 18.

L'existence d'une action *de in rem verso pura* est admise par M. Lenel, au moins en tant qu'*actio utilis* (*Edictum Perpetuum*, p. 280). Selon M. Buckland, *op. cit.*, p. 184 suiv., l'action *de in rem verso* pourrait être autonome, mais rien ne prouverait qu'elle ait pu être intentée alors que le pécule n'avait jamais existé.

(65) M. Solazzi appuie principalement sa théorie sur une interprétation, d'ailleurs exacte, du § 74, Com. 4 de Gaius. Ici, Gaius paraît bien obliger le demandeur, dans le procès relatif à la *versio*, à apporter la preuve de l'existence du pécule. Mais, contrairement à ce que pense l'auteur, il n'était pas nécessaire, en raison de cette obligation, de faire mention du pécule dans la formule de l'action pour version.

L'action *de in rem verso* est nettement traitée comme une action pouvant être distincte de l'action *de peculio* par Gaius au fr. 1, D. 14-5 et par Ulpien au fr. 1, §§ 1 et 2, D. 15-3. Quelle est la valeur de ces témoignages ? Le texte de Gaius doit être écarté du débat. Il est vraisemblablement une glose (v. en ce sens Beseler,

testée, même à un point de vue purement logique. Il semble que le prêteur n'ait pas eu davantage à prescrire au juge de rechercher si un pécule existait qu'il n'avait à lui indiquer, d'une manière générale, les conditions sous lesquelles il y avait *in rem versio* ou pécule.

Mais, si l'existence du pécule était une condition de la condamnation pour version, il fallait bien, semble-t-il, quelle que soit la formule de l'action, que le demandeur en apporte la preuve devant le juge. Il importe, en réalité, de distinguer suivant l'époque à laquelle on se place. La preuve de l'existence du pé-

Beiträge, t. 2, p. 66; t. 3, p. 99; Albertario, *op. cit.* p. 222, n. 2; cf. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 275 i. f.).

Le témoignage du fr. 1, D. 15-3 doit être retenu. Le § 2 de ce fragment demeure contraire à la théorie de M. Solazzi, même si on en supprime la partie finale : *sed etc.* (v. en faveur de cette suppression : Lusignani, selon *Index Interpolationum*; Albertario, *l. c.*; Levy, *Konkurrenz*, t. 2, p. 166, n. 2; Bonfante, *Ist.* p. 135). Quant au § 1 nous en admettons l'authenticité malgré les arguments invoqués en sens contraire par M. Albertario (*l. c.*, l'authenticité de ce texte est encore contestée par M. Fabricius, selon *Index Interpolationum*). M. Albertario signale deux indices d'interpolation : d'abord l'omission de *actio* devant ou après *de peculio*, dans la première phrase, et la forme interrogative : *quid enim si...?* Si l'omission du mot *actio* à côté de l'expression qui désigne une action est le propre des compilateurs en général, ici, le mot *actio* pouvait avoir été sous-entendu par Ulpien lui-même en raison de la proximité des mots de *in rem verso actio*. Les interrogations : *quid enim si...? quid si...?* qui nous paraissent moins suspectes qu'à M. Albertario, peuvent disparaître sans inconvénient du texte. Ulpien avait peut-être simplement écrit : ... *de in rem verso namque actio perpetua est, et locum habet sive dominus ademit peculium sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est.*

Ulpien, auquel appartient le fr. 1, D. 15-3, ne faisait pas dépendre d'une concession l'existence du pécule, ce dernier, selon la doctrine d'Ulpien, existait de plein droit avec la personne en puissance. Il n'y avait donc pas lieu, pour ce jurisconsulte, de prouver l'existence du pécule dans le procès sur *l'in rem versum*. On pourrait croire, dans ces conditions, si Ulpien ne citait pas d'anciens jurisconsultes aux §§ 1 et 2 du fr. 1, D. 15-3, qu'il admettait l'existence d'une action *de in rem verso pura* à la différence de Gaius et d'une manière générale des anciens jurisconsultes classiques. Mais les parties de ces paragraphes qui semblent témoigner de l'existence d'une action *de in rem verso pura*, sont des citations d'anciens jurisconsultes qui, eux, faisaient dépendre d'une concession l'existence du pécule (Labéon, Pomponius, Julien, cf. au reste, fr. 10, §§ 8 et 9, D. 15-3).

cule, exigée par les jurisconsultes qui faisaient dépendre d'une concession du *paterfamilias* l'existence du pécule, n'était plus à fournir après Marcellus, si, comme nous le pensons, le pécule était alors censé exister de plein droit. Et précisément nous trouvons ici encore les traces d'une évolution.

L'ancienne doctrine est exposée par Gaius au § 74 de son Commentaire 4, texte interprété avec beaucoup de finesse et fort exactement par M. Solazzi ⁽⁶⁵⁾. Gaius, après nous avoir dit que le créancier, qui pouvait intenter contre le *paterfamilias* une action *in solidum* du chef d'un *subjectus*, avait également à sa disposition l'action *de peculio et de in rem verso*, ajoute : « *Sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satisfieri, vel id quod persequitur* ⁽⁶⁷⁾ *in rem patris dominive versum esse* ».

L'*habere peculium*, mentionné en premier lieu par Gaius, semble bien, comme le relève M. Solazzi, une condition commune aux deux chefs de condamnation ⁽⁶⁸⁾. Il résulte de ce texte que, pour Gaius, aucune condamnation *de in rem verso* n'était possible lorsque l'esclave n'avait pas de pécule et qu'il pouvait arriver qu'il n'en ait point. Gaius, sans doute, exigeait

(66) *Op. cit.*, p. 216 suiv.

(67) *Id quod persequitur* est considéré comme un glossème inutile par MM. Beseler, *Beiträge*, t. 1, p. 70, et Appleton, *R. H. de droit*, 1929, p. 205.

(68) Nous ne voyons pas comment cette interprétation du § 74 Com. 4 peut être infirmée par le § 74 a (i. f.) de ce même commentaire, invoqué par M. Levy, *l. c.* (L'interprétation de M. Solazzi est jugée exacte par M. Albertario, *op. cit.*, p. 222, n. 2).

encore une concession du maître pour la formation du pécule. En effet, pour tout ce qui touche au pécule, notre jurisconsulte semble s'en tenir strictement à l'enseignement de Julien, lequel voulait une concession à l'origine du pécule.

Comme le montre M. Solazzi, il y a entre ce texte de Gaius et le passage correspondant des Institutes de Justinien d'importantes différences. On lit au § 5 Inst. 4, 7: « *Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est agere possit; sed erit stultissimus si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem deducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit* ». Justinien s'inspire ici des Institutes de Gaius mais sans les copier servilement. A partir de *sed*, d'ailleurs, le style est plus celui d'un Byzantin que celui d'un classique; on remarquera ces deux superlatifs: *stultissimus*, *facillime*. Justinien n'exige plus, relativement à l'*in rem versum*, la preuve de l'existence du pécule. Le demandeur, dit-il, doit prouver ou bien *in rem domini versum esse* ou bien *habere servum peculium et tantum etc.* (69).

(69) Les mots: *habere peculium*, en raison de la place qu'ils occupent, n'ont pas tout à fait la même signification dans le Commentaire de Gaius et dans les Institutes de Justinien. Dans le commentaire de Gaius, la preuve de l'*habere peculium* est celle de la *concessio peculii*. Gaius nous présente l'*habere peculium* comme une condition à défaut de laquelle ne peuvent jouer, ni la clause relative à l'*in rem versum*, ni celle relative au *peculium*. Or, vis-à-vis de la première clause, peu importe le contenu du pécule; il suffit que celui-ci existe pour que la créance naturelle du *subjectus*, en serait-elle le seul élément actif, puisse profiter à un tiers. Gaius

Quel est le motif de ce changement ? Est-ce là, comme le pense M. Solazzi, une innovation byzantine ?

Justinien suit, en matière d'*in rem versio*, la même doctrine que les jurisconsultes classiques ⁽⁷⁰⁾. La divergence, qui existe entre les passages cités du Commentaire de Gaius et des Institutes de Justinien, ne s'explique donc pas par une transformation dans la nature de l'*in rem versum*, au Bas-Empire.

Justinien ne fait que suivre au § 5 Institutes 4,7 une règle dégagée longtemps avant lui. En effet, la doctrine de Marcellus, admise par les jurisconsultes qui l'ont suivi, devait naturellement conduire à concevoir le pécule comme existant de plein droit et la créance naturelle pour version du *subjectus* comme constituant un élément du pécule, même en l'absence de toute concession antérieure. Il ne pouvait plus être question, dès lors, d'imposer au demandeur, dans le procès pour version, la preuve de l'existence du pécule. Cette conséquence d'une doctrine, solidement établie depuis Marcellus, n'a pas pu être déduite pour la première fois par Justinien. L'empereur l'a seule-

indique simplement, au § 74, les difficultés de preuve que rencontre tout demandeur dans une action *de peculio et de in rem verso*. Celui-ci doit établir, d'abord qu'une concession de pécule a été faite et ensuite, ou bien qu'une *versio in rem* a eu lieu, ou bien que le pécule est suffisant pour le satisfaire. Par *habere peculium*, Justinien désigne la possession par le *subjectus* d'un actif de pécule. L'empereur insiste, en effet, plus spécialement sur ce fait que l'action *de peculio* ne donne pas toujours au demandeur pleine satisfaction. Si, veut-il nous dire, aucune *versio* ne peut être invoquée, le créancier doit prouver que le *subjectus* possède un pécule, c'est-à-dire des *res peculiares*, à défaut de quoi aucune condamnation *de peculio* ne peut être prononcée et encore, s'il veut obtenir le même résultat que par une action *in solidum*, que ces *res* ont une valeur assez grande *ut solidum consequi possit*.

(70) V. § 4, Inst., 4-7. D'ailleurs, s'il en était autrement, les compilateurs n'auraient certainement pas inséré au digeste les nombreux textes où l'*in rem domini versio* est assimilée à la *negotiorum gestio*.

ment conservée, bien qu'il ait eu tendance à se tourner vers la théorie moins large de Pomponius en matière de *concessio peculii* ⁽⁷¹⁾.

D. — Cependant n'y a-t-il pas dans la compilation des textes qui condamnent cette manière de voir ?

MM. von Thur et Solazzi ont invoqué à l'appui de leurs théories respectives plusieurs textes, où l'action *de in rem verso* serait refusée ou accordée seulement comme *actio utilis* en raison de l'absence du pécule. Ces textes sont les fr. 12 D. 12-1 de Pomponius, 17, § 4, D. 14-3 de Paul (Proculus) et 20 pr., 21 D. 15-3 de Scaevola.

Le texte de Pomponius ne peut rien prouver contre la théorie que nous défendons, car, à l'époque de ce jurisconsulte, la nouvelle conception du pécule n'était encore qu'en voie de formation. Mais cette conception, nous l'avons dit, triomphe avec Marcellus. Les textes de Paul et de Scaevola prouveraient le contraire si nous devions les interpréter de la même façon que MM. von Tuhr et Solazzi.

Nous avons déjà étudié le fr. 17, § 4, D. 14-3 de Paul et nous avons vu que la non mention de l'action *de in rem verso* s'expliquait ici de tout autre façon que par l'absence d'un pécule ⁽⁷²⁾. Restent les fr. 20 pr. et 21 D. 15-3. Dans ces deux textes extraits d'ouvrages différents, le jurisconsulte Scaevola traite du même cas et rend une sentence identique. Il s'exprime ainsi au fr. 21, où la question est traitée avec le plus de détails: (Scaevola *lib. 5 dig.*) « *Filiamfamilias duxit uxorem*

(71) Cf. *supra*, p. 280.

(72) V. *supra*, p. 237.

pater dotem promittente et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur : maritus ei mutuos nummos dedit, cum juste putaret patrem ejus ministraturum tantum salarium, quantum dare filiæ suae instituerat : eos nummos illa in usus necessarios sibi et in servos quos secum habebat consumpsit, aliquantum et (cum ei res familiares creditæ essent) ex pecunia mariti in easdem causas convertit : deinde priusquam pater salarium expleret, moritur filia: pater impensam recusat: maritus res mulieris retinet : quæro, an de in rem verso adversus patrem actio competat. Respondit, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem » (73).

Selon MM. von Tuhr (74) et Solazzi (75), le jurisconsulte n'accordait au mari qu'une action *de in rem verso utilis*, parce que la *filia*, n'ayant pas de pécule, il manquait une des conditions de l'action normale (76). Von Tuhr pense, en effet, que l'action *de in rem verso* n'a été donnée du chef d'un *filius* ou d'une *filia sine peculio* qu'à dater de Papinien et grâce à l'influence de ce jurisconsulte.

(73) Cf. fr. 20, p. D. 15-3 (Scaevola lib. I, Resp.) : « *Pater pro filia dotem promisit et convenit, ut ipse filiam aleret : non praestante patre filia a viro mutuam pecuniam accepit et mortua est in matrimonio. Respondi, si ad ea quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.* »

(74) *Op. cit.*, p. 255 suiv.

(75) *Studi Brugi*, p. 221 suiv.

(76) L'interprétation de Baron, pour lequel l'action accordée au mari par Scaevola serait l'action *ex stipulatu* née du contrat passé entre le *paterfamilias* et le mari, a été réfutée par MM. von Tuhr et Solazzi, *l. c.* Il faut également rejeter avec ces auteurs l'explication de la Glose (ad. l., 21, v. *utilem*) et de Cujas (*Op. t.* VI, p. 76), pour lesquels il s'agirait d'une action *de in rem verso* ordinaire, appelée *utilis* simplement parce qu'elle était efficace.

Mais la preuve que l'on a voulu déduire de ces deux textes est bien faible. La sentence de Scaevola est rendue dans une forme qui la rend suspecte. Et, peut-être devons-nous supprimer avec M. Albertario, comme interpolée, la fin des deux textes depuis : *si ad ea etc...* On y relève, en effet, un indice certain d'interpolation : *exhibere* pris dans le sens de *alere*, signification que ce mot n'a jamais eue que pour les Byzantins (77).

En admettant que la *sententia* rapportée dans ces textes ne soit pas complètement interpolée, il faut au moins supprimer comme byzantine la phrase conditionnelle : *si ad ea... posset*. La précision qu'elle apporte était parfaitement inutile au fr. 21, alors que, dans l'exposé des faits, il avait été dit que les sommes empruntées par la *filia* et celles détournées par elle avaient servi à son entretien et à celui des *servi quos secum habebat*. D'ailleurs, avec la précision *si-posset*,

(77) L'interpolation de cette phrase fut, à plusieurs reprises, soutenue par M. Albertario : d'abord dans *Actio quasi institoria*, p. 11, puis dans les *Rendiconti Lombardo*, t. 46 (1913), p. 857, en note. M. Albertario, dans le premier des travaux cités, faisait remarquer que tandis que la sentence de Scaevola était rapportée dans les deux textes sous une forme identique et stéréotypée, le reste des deux passages différait, que notamment, au fr. 20, dans l'exposé des faits, il n'était pas question des *servi paterni*, qui apparaissent pour la première fois dans la sentence de Scaevola. En sens contraire, v. Beger dans *Krit. Viert. f. Gesetzgeb. und Rechtsw.*, t. 50 (1912), p. 104 suiv., et Solazzi, *Le Azioni del Pupillo*, dans *Bull.*, t. 25 (1912), p. 104 suiv. Les premiers arguments invoqués par M. Albertario ne sont pas décisifs. Outre que les *responsa* sont, en général, rédigés d'une façon plus concise que les *digesta*, on pourrait supposer que les Compilateurs ont arbitrairement réduit le fr. 20, ou même qu'ils ont introduit la mention des *servi paterni* dans la sentence de Scaevola et dans l'exposé des faits au fr. 21 (v. Solazzi, *l. c.*). Par contre, dans le second ouvrage, M. Albertario relève à bon droit le sens non classique de *exhibere* égal *alere*. V. pour des suppressions moindres : Donatuti, *Annali Perugia*, t. 33 (1921), p. 434, qui supprime comme interpolés *inter... personales, aut... tueretur et cum... institueret*, et Garneri-Citati, *Annali Perugia*, t. 37 (1924), p. 33, n. 7, qui considère comme une glose *cum ei... essent*.

la décision rendue dans notre texte ne répondrait qu'en partie à la question posée. Le mari demande comment il pourra recouvrer toutes les sommes que lui devait sa femme, soit pour les avoir reçues, soit pour les avoir détournées ; la réponse qui lui est faite semble n'avoir trait qu'à la somme empruntée.

A supposer que Scaevola ait proposé de donner au mari une action *de in rem verso* utile, l'explication de MM. von Tuhr et Solazzi serait-elle la seule possible, serait-elle même plausible ⁽⁷⁸⁾ ?

Scaevola ne signale, ni au fr. 20, ni au fr. 21, l'absence de pécule ; il aurait certainement mentionné cette circonstance dans l'énoncé des faits, si elle avait été vraiment le motif de sa décision. MM. von Tuhr et Solazzi se sont efforcés de démontrer que, ni les *servi paterni*, ni la *res mulieris*, dont parle Scaevola, n'étaient des *res peculiares*. Ils nous paraissent avoir raison sur ce point. Mais, avec cela, l'inexistence du pécule, n'est pas prouvée. Le pécule, nous le savons, existait même *sine ullo corpore*.

Plusieurs auteurs ont pensé que l'action n'était donnée que comme *actio utilis*, parce que la *filia*, en subvenant à son entretien et à celui des *servi quos secum habebat*, avait géré ses propres affaires ⁽⁷⁹⁾. Il est certain que la *filia* aurait géré en partie ses propres affai-

(78) M. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 280, n. 2, admet l'interprétation donnée aux deux textes de Scaevola par M. Solazzi, mais il estime que l'on doit seulement en déduire que l'action *de in rem verso pura* était désignée comme *actio utilis* et il ajoute que rien ne prouve que le domaine d'application de cette *utilis actio* ait été limité. A notre avis, l'*actio de in rem verso* n'était pas ici *utilis*, parce que *pura*.

(79) V. Ainsi Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 466, n. 3; Brinz, *Pand.*, t. 2, p. 219, n. 15; Grimm, cité par von Tuhr, *op. cit.*, p. 256, n. 33.

res, si les *servi*, qu'elle avait avec elle et qu'elle a entretenus, faisaient partie de son pécule. D'autre part, le texte de la compilation nous apprend que la *filia* était elle aussi tenue, en vertu de la convention qui a précédé le mariage, de subvenir à son entretien (*uti eam pater aut ipsa se tueretur*). Mais les mots : *aut ipsa se* sont vraisemblablement interpolés ⁽⁸⁰⁾ et il est fort douteux que le jurisconsulte ait pu accorder une action *de in rem verso* même simplement comme *actio utilis*, s'il n'y avait pas eu gestion des affaires du *paterfamilias* ⁽⁸¹⁾. Cette raison nous détermine à supposer avec MM. von Tuhr et Solazzi que les esclaves, dont il est question, n'étaient pas des *servi peculiares*.

C'est un tout autre motif qui justifie, à notre avis, le caractère *utilis* de l'action accordée au mari. La *filia* a bel et bien géré les affaires de son *paterfamilias*, mais, pour faire cette utile gestion, elle ne s'est pas contentée d'emprunter, elle a détourné l'argent du ménage ou puisé directement dans la cassette de son mari (*aliquantum et, cum ei res familiares creditæ essent, ex pecunia mariti in easdem causas convertit*). Or, l'action *de in rem verso*, comme l'action *de peculio*, n'était accordée qu'en raison de *negotia*. Le détournement accompli par la femme ne constitue pas un *negotium* et ne pouvait ainsi donner lieu à une action adjectice. L'action *de in rem verso* n'aurait permis au mari de recouvrer que les deniers prêtés ; c'est pour lui permettre de réclamer toute la somme dépensée

(80) V. Donatuti, *Annali Perugia*, 33 (1921), p. 434.

(81) Von Tuhr, *op. cit.*, p. 256, n. 32, et Solazzi, *Studi Brugi*, p. 225.

par la femme que Scaevola lui accorde une *actio utilis*. L'explication a déjà été présentée par Lowenfeld⁽⁸²⁾ et nous ne croyons pas qu'on ait réussi à en démontrer l'inexactitude. On a objecté qu'il n'était fait mention du détournement de la *filia* qu'au fragment 21 et non dans les deux textes⁽⁸³⁾. Mais il se peut fort bien que les compilateurs aient arbitrairement raccourci le fr. 20 qui, dans la compilation, fait double emploi avec le texte qui le suit.

On a dit encore que l'acte de la *filia* ne constituait pas une *rerum amotatio* ou un délit⁽⁸⁵⁾ et encore que le jurisconsulte n'en relevait pas le caractère délictueux⁽⁸⁶⁾. On reconnaîtra, malgré tout, que cet acte ne constitue pas un *negotium*, et, pour quiconque se rap-
pelait les termes de l'édit, il était clair que l'action *de in rem verso* ne pouvait pas être donnée. Cujas⁽⁸⁷⁾ rejetait à l'avance cette explication. L'acte de la femme, pensait-il, ne constituerait un délit que si le mari n'aurait pas lui-même autorisé l'emploi que la femme a fait des deniers du ménage ; or, un mari raisonnable aurait-il laissé sa femme sans aliments ? Mais la femme n'a pas dépensé uniquement pour elle, elle a dépensé aussi pour les esclaves de son père, il est contestable que le mari y ait consenti. Cela est si vrai que la femme n'a pas osé demander un nouveau prêt à son mari, craignant, sans doute, de se heurter cette fois à un refus.

(82) Die Selbständige actio de in rem verso (München 1873), p. 51

(83) Mandry, *op cit.*, t. 2, p. 466, n. 3.

(84) Von Tuhr, *op. cit.*, p. 257.

(85) Cf Solazzi, Studi Brugi, p. 225-226.

(86) *Op.*, t. VI, p. 705.

L'acte accompli par la femme est incontestablement délictueux et, si réellement Scaevola a rendu la sentence qui lui est attribuée dans la compilation, celle-ci se justifie de tout autre façon que par l'inexistence du pécule. Scaevola ne mentionne pas celui-ci, parce que l'action *de peculio*, ici sans utilité (le pécule étant réduit à néant), n'est pas davantage possible que l'action *de in rem verso* et parce que, le pécule étant censé exister auprès de chaque *subjectus*, l'action *de in rem verso* est toujours possible, les autres conditions étant remplies.

Les règles relatives à l'action *de peculio et de in rem verso* nous montrent qu'à dater de Marcellus le pécule, avant d'apparaître concrètement, était censé exister de plein droit en tant qu'entité abstraite auprès de chaque esclave ou fils de famille. Il constituait alors un *peculium in quo nihil est* où pouvaient indifféremment tomber un droit ou une charge. Le *subjectus* devient-il débiteur, l'action *de peculio* peut être immédiatement intentée, parce que le pécule est susceptible de s'accroître jusqu'au moment de la condamnation. Le *subjectus* contracte-t-il une dette dans l'intérêt du *paterfamilias*, son pécule comprend alors une dette vis-à-vis des tiers, une créance naturelle contre le chef de la *domus* et l'action *de in rem verso* ou l'action double *de peculio et de in rem verso* est possible. Enfin, le pécule existant de plein droit, il n'y a plus à fournir la preuve de son existence dans le procès sur l'*in rem verso*.

En raison de l'identité de nature du pécule et du

patrimoine, le patrimoine de l'*adrogatus* par le seul effet de la rétroactivité du l'adrogation était très vraisemblablement considéré par Ulpien comme un pécule.

§ II. — L'« ADEPTIO PECULII » ET LA DURÉE DU PÉCULE

I. Le droit pour le *paterfamilias* de faire ademption du pécule. — II. La portée de l'ademption totale. — La défense d'acquérir *nomine peculii*. Ce pouvoir du *paterfamilias* n'est pas logiquement incompatible avec le caractère de nécessité du pécule.

Si le pécule, en tant qu'entité abstraite, est indépendant de la *voluntas domini patrisve*, il doit subsister *juris intellectu* malgré toute ademption de la part du *paterfamilias*. Autrement dit, si la personne même du *subjectus* est la raison juridique du pécule, ce dernier ne doit disparaître qu'au décès du *subjectus* ou lorsque celui-ci perd cette qualité (1). Marcien, jurisconsulte de la fin de l'époque classique, nous dit cependant au fr. 40, § 1, D. 15-1 : « *Peculium moritur cum ademptum sit* ». Mais, nous le répétons, il ne s'agit dans ce texte que du pécule concret, c'est-à-dire de l'ensemble des éléments qui en constituent l'actif, non du pécule *juris intellectu*.

Sous quelles conditions, dans quelle forme pouvait avoir lieu l'ademption du pécule ? Quelle était sa portée ?

(1) En cas de changement de *potestas* il n'y a pas pour les jurisconsultes de la seconde moitié de l'époque classique disparition de l'ancien pécule et création d'un nouveau. Le *subjectus* peut acquérir des *res peculiares* sans concession auprès de son nouveau *paterfamilias*, et ce dernier est passible de l'action *de peculio* en

I. — Le *paterfamilias* eut de tout temps la faculté de retirer au *subjectus* les biens que celui-ci détenait à titre de pécule ⁽²⁾, pourvu qu'en agissant de la sorte il ne commit pas un dol à l'encontre des créanciers du pécule ⁽³⁾. Ce dol avait été prévu par le prêteur qui protégea les tiers au moyen de la *clausula doli*, insérée dans la formule de l'action de *peculio* ⁽⁴⁾.

A la différence de la *concessio* (*ex re patris*), l'ademption pouvait avoir lieu *nuda voluntate* : « *Simul atque noliit*, nous dit Paul ⁽⁵⁾, *peculium servi desinit peculium esse* ». Mais cette *nuda voluntas* devait se manifester dans une déclaration expresse, elle ne se présumait pas. Ainsi, le *servus fugitivus* était privé de l'*administratio* dont le retrait de la part du maître était présumé ⁽⁶⁾; mais il gardait son pécule ⁽⁷⁾ et pouvait encore acquérir *nomine peculii*.

raison des dettes contractées par le *subjectus* sous un autre *potestas*. Nous verrons également que les juriconsultes ont consacré l'« unicité » du pécule dans le temps en permettant aux créanciers antérieurs de poursuivre l'ancien et le nouveau pécule du *subjectus* par l'exercice successif des actions de *peculio* ordinaire et annale.

(2) V. frs : 4 pr.; 7, § 1; 8; 16; 40, § 1; 45, D. 15-1; 1, § 1; 5, § 3. D. 15-3, cf. 3 § 4; 7, § 6, D. 15-1.

(3.) V. frs : 21 pr., D. 15-1; 1, § 1; 19, D. 15-3.

(4) V. Lenel, Edict. Perp., p. 276.

En fait, la *clausula doli* devait rendre très rare l'ademption totale ou même partielle du pécule. Le principal avantage que le maître aurait pu trouver dans l'ademption du pécule aurait été d'éviter une condamnation de *peculio*. En vertu de la *clausula doli*, les objets retirés par dol du pécule sont censés faire partie de celui-ci au regard des créanciers lésés.

(5) Fr., 8 D. 15-1.

(6) Fr. 48 D. 15-1 (Paul. lib. 17 ad Plaut.) « *Libera peculii administratio non permanet neque in fugitivo neque in subrepto, neque in eo de quo nesciat quis, vivat, an mortuus sit* ». Cf. fr. 11, § 2 D. 12-1.

(7) La question du maintien ou du retrait de l'*administratio* au *servus fugitivus* n'aurait pas pu se poser si le pécule avait été censé lui-même retiré. Nous devons en conclure que l'esclave, dans toutes les hypothèses envisagées au fr. 48 D. 15-1, gardait son pécule, mais perdait le pouvoir de l'administration.

II. — L'ademption pouvait être partielle ou totale ; quelle était sa portée dans ce dernier cas ?

L'ademption totale du pécule n'impliquait pas nécessairement retrait au *subjectus* de la faculté d'acquérir *nomine peculii*. Elle n'avait certainement pas cette portée, lorsque le *paterfamilias* avait simplement voulu s'indemniser des sommes qu'il avait été obligé de payer à la suite d'une action *de peculio* ; or, le pécule, même pour les anciens jurisconsultes classiques, pouvait subsister *sine ullo corpore*.

Mais il est certain que le *paterfamilias* eut de tout temps la faculté de retirer au *subjectus* le droit d'acquérir *nomine peculii*, de même qu'il pouvait faire une ademption totale ou partielle des *res peculiares* ⁽⁸⁰⁾. Ainsi, les jurisconsultes, qui n'exigent plus pour la formation du pécule une concession du *paterfamilias*, permettent à ce dernier d'en interdire à l'avance la formation par une défense expresse : *prohibere ne habeat* ⁽⁹⁾. Lorsqu'une semblable interdiction était intervenue, le pécule disparaissait-il, même en tant qu'entité abstraite ? Le *subjectus* ne peut plus rien acquérir *nomine peculii*, puisque le maître s'est réservé à l'avance le bénéfice de toutes ses acquisitions. Il fallait, pour que le *subjectus* soit à nouveau capable d'acquérir *nomine peculii*, qu'une concession de pécule lui soit faite, selon l'ancienne doctrine, ou que l'interdiction du maître fut retirée ou encore

Cette interdiction se déduisait-elle des circonstances qui accompagnaient le retrait total des objets du pécule ; ou devait-elle être spécialement exprimée ? Nous l'ignorons, la seconde hypothèse nous semble cependant plus vraisemblable.

(9) V. fr. 3, § 4 D. 15-1.

qu'elle ne soit pas renouvelée par l'acquéreur de l'esclave, selon la doctrine nouvelle.

A une époque, où l'on ne pouvait pas intenter l'action *de peculio ex ante gesto*, le pécule, concédé une seconde fois à l'esclave (l'ancien ayant été retiré), constituait un *novum peculium* : il avait un actif et un passif complètement distincts de l'actif et du passif de l'ancien pécule. Après l'ademption du premier pécule et avant la concession du second, non seulement le *subjectus* ne pouvait rien acquérir *nomine peculii*, mais il ne pouvait même pas contracter de dettes, susceptibles de donner lieu par la suite à une action *de peculio*.

Lorsque l'on eut permis d'intenter l'action *de peculio ex ante gesto*, les dettes contractées par le *subjectus* après l'*ademptio peculii* devenaient les éléments passifs du pécule postérieurement concédé, soit par le même maître, soit par un nouveau. Et, nous savons que même les dettes contractées par des *subjecti*, malgré la défense du *paterfamilias*, pouvaient donner lieu à l'action *de peculio* ⁽¹⁰⁾. On peut se demander si, dans ces conditions, il n'est pas possible d'admettre la survie du pécule sur la base de cette seule faculté de contracter des dettes. Le *paterfamilias*, à cette époque, est tenu envers les créanciers du *subjectus* par le seul fait de la coexistence d'un actif de pécule et d'une *obligatio* (*civilis* ou *naturalis*) *ex contractu* de la personne en puissance. Il n'était pas nécessaire, pour que la dette du *subjectus* puisse donner lieu à une action

(10) V. frs. 29, § 1 et 47 pr. D. 15-1.

de peculio, qu'elle fût considérée comme ayant toujours été l'élément passif d'un pécule. Et, certainement depuis la formation de cette conception nouvelle de l'obligation adjectice du *paterfamilias* jusqu'à Marcellus, on considéra comme un *novum peculium* le pécule à nouveau concédé. Mais on pouvait fort bien également considérer la dette, contractée entre temps par le *subjectus*, comme l'élément passif d'un pécule, alors même que le *subjectus* n'avait plus le pouvoir d'acquérir des droits actifs *nomine peculii*. Sans rien changer aux règles juridiques en vigueur, les jurisconsultes, qui concevaient le pécule comme un attribut de la personne en puissance, pouvaient admettre la survie du pécule à l'interdiction du *paterfamilias*. A dater de Marcellus, nous le savons, on admit l'existence de plein droit du pécule *juris intellectu* auprès de tout esclave ou fils de famille. Avant toute interdiction d'acquérir, le *subjectus* a pu contracter une dette, celle-ci, en vertu de la nouvelle conception, est un élément de son pécule. Supposons qu'une interdiction d'acquérir soit faite à ce *subjectus*, puis qu'elle soit retirée et que le *subjectus* acquière des *res* à titre de pécule. Le créancier pourra réclamer son dû sur ces biens. Disons-nous que le *subjectus* a eu successivement plusieurs pécules ? La question n'est pas traitée dans les textes, car elle est purement doctrinale. Mais si les jurisconsultes, qui voient dans le pécule un attribut de la personne en puissance, avaient été amenés à donner leur avis, ils auraient certainement raisonné comme ils le font en cas de vente *sine peculio* d'un esclave. Ils nous disent que le pécule

resté aux mains du vendeur et celui acquis par l'esclave auprès de l'acheteur constituent un seul *peculium*, au moins au regard des créanciers antérieurs, et ils consacrent l'« unicité » du pécule, même dans le temps, en invoquant l'analogie du patrimoine ⁽¹¹⁾. En un mot, le droit pour le *paterfamilias* d'interdire au *subjectus* d'acquérir *nomine peculii* ne met pas un obstacle de logique à la conception du pécule comme un attribut nécessaire de la personne en puissance.

Le *paterfamilias* est investi des droits, qui composent l'actif du pécule, aussi a-t-il la faculté d'en faire l'ademption dans la mesure où cela ne lèse pas les tiers créanciers du *subjectus*, et il peut se réserver à l'avance le bénéfice direct des droits qui seront plus tard acquis par l'esclave ; préciser que ces droits ne tomberont pas *in peculio*, mais feront partie de son patrimoine direct. Mais le *subjectus* garde la faculté de contracter des dettes, de telle sorte que l'on peut admettre la survie du pécule ; bien mieux, la prohibition n'est même plus depuis Marcellus une annulation définitive du pouvoir d'acquérir *nomine, peculii*. Ce pouvoir, le *subjectus* ne le tient pas de son *paterfamilias* mais de la loi. La prohibition du *paterfamilias* le paralyse en fait et provisoirement. Après un changement de *potestas*, au moins lorsque ce changement a lieu à titre particulier, il n'est pas besoin d'une intervention du nouveau maître pour que le *subjectus* recouvre le pouvoir de se constituer un pécule. Juridiquement, le nouveau maître est étranger à la prohibi-

(11) V. *infra*, p. 456 suiv.

tion faite par l'ancien, et ce n'est pas d'une concession du maître mais de la loi que le *subjectus* tient le pouvoir d'acquérir *nomine peculii*. Le droit pour le *paterfamilias* de *prohibere ne habeat* (*servus vel filius*) *peculium* est plus la manifestation d'un pouvoir du *paterfamilias* sur les éléments actifs du pécule, individuellement considérés, que sur ce pécule lui-même et la capacité qui en est à la base juridiquement.

*

**

Les conclusions que nous croyons pouvoir dégager dès maintenant sont les suivantes. Le pécule fut pendant longtemps un patrimoine d'affectation, un « Sondergut » dont l'existence dépendait exclusivement de la *voluntas domini patrisve*. Il fallait une concession expresse pour lui donner naissance. Le *paterfamilias* pouvait anéantir ce qu'il avait créé, détruire le *peculium*, et, après une nouvelle *concessio peculii*, c'était un *novum peculium* qui apparaissait. Puis les jurisconsultes en vinrent peu à peu à appliquer au pécule la conception que l'on se faisait depuis longtemps déjà, au moins implicitement, du patrimoine. Le pécule fut censé exister avec la personne même du *subjectus* indépendamment de toute concession, la volonté du maître n'eut plus dès lors à présider à sa constitution. Le *subjectus* possède maintenant de plein droit le pouvoir d'acquérir *nomine peculii* qu'il tenait autrefois de la concession ; c'est ainsi que l'esclave d'un pupille ou d'un fou peut se constituer un pécule, alors que son maître même assisté ou le *curator* de celui-ci

ne peut pas faire de *concessio peculii*. Le pécule est l'émanation d'une capacité dont se trouve investi de plein droit le *subjectus*. Il existe, *juris intellectu*, auprès de tout esclave ou fils de famille ; il revêt le même caractère de nécessité que le patrimoine car il est le *patrimonium servi filiive*. Si le *paterfamilias* peut retirer la totalité des *res peculiares*, détenues par le *subjectus*, ou paralyser provisoirement la faculté de celui-ci d'acquérir *nomine peculii*, il n'en résulte pas la disparition du pécule en tant qu'entité abstraite ni la privation de la capacité qui en est la source juridique.

Mais tout ce que nous venons de dire n'est vrai qu'autant que l'*alieni juris* est soumis au droit d'autrui. Non parce que le *subjectus* tient sa capacité « pécuniaire » d'une concession du maître, mais parce qu'il faut un maître pour que cette capacité puisse jouer. Les droits qui composent activement le pécule doivent investir un individu autre que le *subjectus* lui-même et les principes du droit romain s'opposent à ce que cet individu soit quelqu'un sans droit sur le *subjectus*. D'autre part, le préteur dans son édit ne promet l'action *de peculio* que pour les dettes contractées *in potestate*. Lorsqu'aucune fiction ne joue — comme celle du *post liminium* ou de la survie du défunt —, le *servus sine domino* — par exemple le *servus derelictus* ou le *servus poenæ* — ne peut, ni acquérir des droits *nomine peculii* ⁽¹²⁾, ni contracter des dettes, susceptibles de donner lieu plus tard à l'action *de peculio*.

(12) Cf. fr. 36 D. 45-3; 17 pr. D. 48-19.

CHAPITRE IV

L'unicité du pécule

Si, comme nous l'avons soutenu dans le chapitre précédent, le pécule fut, à dater de Marcellus, l'émanation d'une capacité propre à tout *subjectus*, on ne comprendrait guère qu'à cette époque, le même esclave ou fils de famille ait pu avoir plusieurs pécules. L'indivisibilité de la capacité « pécuniaire » implique nécessairement l'« unicité » du pécule.

Le même *subjectus* n'avait-il jamais qu'un seul pécule ?

C'est à cette question que nous allons répondre maintenant, en nous plaçant d'abord dans l'hypothèse où l'*alieni juris* est soumis à un seul *paterfamilias*, puis, dans celle où il est soumis à plusieurs, simultanément ou successivement.

TITRE PREMIER

L'UNICITE DU PECULE, LORSQUE L' « ALIENI JURIS » EST SOUMIS A UN SEUL « PATERFAMILIAS ».

Nous avons déjà étudié, dans l'hypothèse où le *subjectus* est soumis à un seul *paterfamilias*, la question de l'« unicité » du pécule dans le temps et nous avons dit que, certainement pour Marcellus et les jurisconsultes postérieurs, les biens acquis à titre de pécule par le *subjectus* ou à lui concédés, soit après l'ademption totale des *res peculiares* qu'il détenait auparavant, soit après une interdiction momentanée d'acquérir *nomine peculii*, ne constituaient pas un *novum peculium*. Il convient de rechercher maintenant s'il ne pouvait pas arriver que les biens, détenus simultanément par le *subjectus* (soumis à un seul *paterfamilias*), se groupent en plusieurs pécules distincts. Parmi les biens que le *subjectus* tient *nomine peculii*, les uns peuvent former un pécule commercial, les autres des pécules de sous-esclaves. Un lien commun unissait-il aux autres éléments du pécule, la *merx peculiaris*, les *peculia vicariorum* ?

§ I. — LA MERX PECULIARIS

I. Première question : Quand y a-t-il *merx peculiaris* et sous quelles conditions le pécule commercial se distingue-t-il du pécule civil ? — II. Deuxième question : La *merx peculiaris* n'est-elle qu'une partie du pécule de l'*alieni juris* commerçant ou bien forme-t-elle un second pécule complètement séparé du pécule civil ? La *merx peculiaris* est une universalité juridique englobée dans le pécule de l'*alieni juris* commerçant.

Bien que, dans le langage usuel, le mot *merx* (*merces*) désigne les marchandises, il faut l'entendre avec un sens quelque peu différent dans l'expression *merx peculiaris*. La *merx peculiaris* n'est pas un ensemble d'objets corporels destinés à être vendus, mais le fonds de commerce de l'esclave avec ses éléments corporels et incorporels. Elle constitue une véritable *universitas iurum*.

Plusieurs questions se posent : 1° Quand il y a-t-il *merx peculiaris* et sous quelles conditions le pécule commercial se distingue-t-il du pécule civil ? — 2° La *merx peculiaris* n'est-elle qu'une partie du pécule de l'*alieni juris* ou bien forme-t-elle un second pécule complètement séparé du pécule civil ?

I. — Quand il y a-t-il *merx peculiaris* ?

Ulpien répond ainsi à la question au fr. 1, § 1, D. 14-4 (1) : « *Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius lib. 15 scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum* ».

(1) *Lib. 29 ad edictum*.

Il y a pécule commercial, non seulement lorsque l'esclave achète des marchandises pour les revendre, mais encore lorsqu'il dirige à ses risques une entreprise quelconque. L'expression *merx peculiaris* est donc l'objet d'une extension analogue à celle des mots « commerce » et « commerçant », qui, dans le langage juridique moderne, s'appliquent également au commerce et à l'industrie; avec cette différence toutefois, que l'esclave *fullo*, *sarcinator* ou *textor* ne sera bien souvent qu'un simple artisan et son fonds commercial (*merx peculiaris*) le modeste matériel qu'il emploie.

Mais, sous un autre aspect, les Romains se sont fait du fonds commercial une conception beaucoup plus étroite que nous. Non seulement, et cela est naturel, les différents commerces exercés simultanément par le même esclave constituent des fonds distincts, mais encore le fonds commercial n'englobe pas toutes les succursales, tous les magasins où l'esclave exerce un même métier, chacun de ceux-ci forme une *merx peculiaris distincte* (2).

Le fonds de commerce du *subjectus* ne se distingue de l'ensemble de son pécule que lorsque le commerce a reçu l'assentiment du maître. Dans ce cas, en effet, la procédure spéciale, prévue par le préteur pour le règlement des dettes commerciales, imposait de considérer la *merx peculiaris* comme une univer-

(2) Fr. 5, § 16 D. 14-4 (Ulpianus *lib. 29 ad edictum*). MM. Lenel (Palingenesia, Ulpianus n° 843) et Mommsen suppriment dans ce texte les mots : « *alii damnum sentiant*. M. Beseler propose de plus importantes modifications : il remplace au début *sed* par *et* et supprime les mots : *et ego... æquissimum* (Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 455) et *ne... sentiant* (Beiträge, t. 2, p. 109 et Zeitschrift citée). Mais ces retouches ne modifient pas la doctrine énoncée par Ulpien dans ce texte.

salité juridique distincte du pécule (3). Lorsque l'assentiment du maître faisait défaut, cette procédure n'était plus possible et les éléments, tant actifs que passifs, de la *merx peculiaris* n'étaient jamais considérés autrement que comme simples éléments du pécule.

II. — En cas de *scientia domini*, la *merx peculiaris* revêt les traits caractéristiques des *universitates iurium*. Elle est formée de rapports juridiques actifs et

(3) Le *paterfamilias* n'est tenu de procéder à la *tributio mercis* et passible le cas échéant de l'action *tributoria* que lorsqu'il a consenti, au moins tacitement, au commerce. V. Papyrus Oxyrhynque n° 2103 fr. 2+3 colonne 2 lignes 43-45 (Gaius, Com. 4, § 72) : « *Præterea t[ri]butoria [quoque] actio in patrem dominumve constitu[t]a [e]st, [cum]f[i]l[ius] s[ervos]ve ex peculiari merce sciente pa[t]re dominog[u]e [n]egotietur* ». (Restitution de M. Hunt, *The Oxyrhynchus Papyri*, t. 17, 1927, n. 176; restitution admise par M. Levy, *Z. S. S. f. R.*, t. 48, 1928, p. 536. Les mots ou lettres restitués dans le papyrus sont mis entre crochets). V. encore : frs 1, pr. § 3 (cf. § 2 mais probablement remanié v. Beseler *Beiträge*, t. 4, p. 210); 3 pr. §§ 1, 2; 4, 5 pr. § 1 D. 14-4. L'assentiment du maître ne doit pas nécessairement revêtir la forme d'une autorisation expresse, il suffit de l'autorisation tacite qui consiste dans le fait, de la part du maître, de ne pas interdire le commerce fait à sa connaissance.

Nous lisons au fr. 1, § 3 (Ulpian, *lib. 27 ad ed.*) : « *Scientiam hic eam accipimus, quæ habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam : non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria* ». Ce texte nous semble avoir été l'objet d'additions de la part des Compilateurs (ou en partie des Compilateurs et d'un glossateur). Il semblerait d'après ce texte, qu'Ulpian, à la différence de ses contemporains, entendait par *scientia* non une *voluntas*, mais une *patientia*; or, Gaius lui aussi n'exigeait qu'un *consensus* en opposition à la *voluntas*, comme cela résulte du Papyrus Oxyrhynque n° 2103 fr. 2+3 ligne 55. V. Levy, *Z. S. S. f. R.*, t. 48 (1928) p. 548. Pour ce motif nous supprimons avec M. Ferrini (selon Ind. Interp.) les mots : *et voluntatem sed*. La fin du texte nous semble interpolée depuis : *non enim velle*. La phrase « *si igitur...* » est déjà supprimée par M. Beseler, *Beiträge*, t. 4, p. 210. L'idée exprimée par les mots : « *Non enim velle debet dominus, sed non nolle* », n'est pas tout à fait exacte. Si le *non nolle* suffit, il faut qu'il ait lieu en connaissance de cause. Le mot *patientia* se comprend de lui-même, sans l'explication peu heureuse qui nous en est donnée au fr. 1, § 3. Par *scientia*, il faut entendre *patientia* (fr. 1, § 3) ou *consensus* (Papyrus Oxyr.), c'est-à-dire la non interdiction, par le maître, du commerce exercé à sa connaissance.

passifs, elle constitue un tout homogène susceptible d'augmentations et de diminutions.

Seuls peuvent faire partie de l'actif commercial les éléments susceptibles d'appartenir au pécule de l'*alieni juris* (4). Mais l'actif de la *merx* ne se confond pas avec l'actif du pécule : « *Non autem totum peculium*, dit Ulpien (5), *venit in tributum: sed id dumtaxat, quod ex ea merce est* ». La *merx peculiaris* ne comprend pas seulement les marchandises destinées à la vente, mais encore tout ce qui sert à l'exploitation du fonds : l'*instrumentum* (6), c'est-à-dire les meubles, les outils et même les vicaires affectés au commerce (7). Elle comprend enfin tout ce qui est acquis *ex merce*, c'est-à-dire le prix reçu en paiement des marchandises, les créances commerciales (8). La subrogation réelle joue de plein droit dans le cercle étroit de la *merx peculiaris* comme dans celui plus vaste du *peculium*.

Le fonds commercial de l'*alieni juris* possède également un passif et c'est dans le règlement de ce passif que la *merx peculiaris* apparaît comme une universalité distincte du reste du pécule. Le passif com-

(4) Cf. fr. 5, § 18 D. 14-4 (contre l'interpolation des mots : « *quia... satisfacto* » soutenue par Mitteis, R. P., p. 186, n. 73 et par M. Pringsheim, Kauf, p. 54, Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 411 suiv., v. Boyer, Recherches historiques sur la résolution des contrats, p. 76 suiv. et Appleton, R. H. de droit, 1928, p. 178 suiv.).

(5) Fr. 5, § 11 D. 14-4.

(6) Fr. 5, § 13 D. 14-4. Les suppressions proposées par MM. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 455 et Krüger Sup. ne modifient pas le sens du texte.

(7) Vraisemblablement aussi leurs pécules.

(8) Frs. 5, §§ 11, 12 et 13 D. 14-4 (mais peut-être doit-on admettre dans ce dernier paragraphe la suppression des mots : *et est*. V. Beseler, l. c.). V. encore Gaius, Comm. 4, § 72 (Papyrus Oxyrhynque, n° 2103, fr. 2+3, col. 2 lignes 47-48. Hunt, Oxyrhynchus Papyri, t. 17, p. 176; Levy, Z. S. S. f. R., t. 48, 1928, p. 236).

mercial, comme le passif du pécule, se compose de dettes envers le maître et de dettes envers les tiers. Mais, tandis que toute dette envers le maître peut être dette de la *merx peculiaris* ⁽⁹⁾, seules les dettes contractées envers les tiers *mercis nomine* font partie de ce passif spécial ⁽¹⁰⁾.

Ces dettes, qui affectent, comme nous le verrons, tout le pécule, portent plus spécialement sur l'actif commercial. Elles peuvent être réglées sur la demande des *creditores mercis* selon une procédure de concours, au moyen de laquelle tout le fonds commercial converti en argent est réparti entre les créanciers (y compris le maître qui perd ici son *jus deductionis*) au prorata de leurs créances ⁽¹¹⁾. Elles s'op-

(9) Fr. 5, § 7 D 14-4

(10) Fr. 5, §§ 6 et 7 D. 14-4; Gaius, Com. 4, § 72 (Papyrus Oxyr. cité — Hunt et Levy, *l. c.*).

(11) V. fr. 1, pr. D. 14-4 (peut-être à tort considéré comme une paraphrase par M. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 210; cf. Krüger Sup.; Pringsheim et de Francisci cités par Ind, Interp.); 5, § 19; 6 D. 14-4; Gaius, Comm. 4, § 72. Le texte de Gaius est ainsi rédigé dans le Papyrus Oxyr. cité (fr. 2+3 col. 2 lignes 43-50 Oxyrhynchus Papyri, t. 17, p. 176-177; Z. S. S. f. R., t. 48 (1928), p. 356) : « *Præterea t[ri]butoria [quoque] actio in patrem dominumve constitu[t]a [e]st [cum] f[i]l[ius] s[er]vosve ex peculiari merce sciente p[at]re dominoq[ue] [n]egotietur nam si quis ejus rei gr[at]ia c[um] eo co[n]tractum fuerit prætor ita jus dicit ut quidq[ue] in his mercibus erit quod inde receptum erit ita p[ater] d[omi]nusve inter s[e] si quid debebitur, et ceteros c[re]ditores pro rata portione distribunt* ».

Il pouvait arriver qu'au moment de la *mercis tributio*, tous les créanciers de la *merx peculiaris* ne soient pas connus ou que quelques-uns et le maître lui-même ne soient créanciers que conditionnellement. En prévision de ce cas, caution devait être donnée par les créanciers colloqués. C'est ce que nous apprend Ulpien aux frs. 5, § 19 et 7 D. 14-4. Cette règle est une conséquence du principe qui gouverne la *tributio mercis* : à savoir que le règlement des dettes commerciales ne se fait pas au petit bonheur et dans l'ordre où se présentent les créanciers, mais d'une manière équitable. Les Compilateurs ont d'ailleurs judicieusement introduit entre le § 19 du fr. 5 et le fr. 7 cette explication de Paul (fr. 6 h. t., Paul. lib. 30 ad ed.) : « *Non enim hæc actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit sed æqualem conditionem quandoque agentium* ». Sans doute, l'authenticité des fr. 5,

posent ainsi aux dettes civiles, pour lesquelles vaut la maxime : *occupantis melior solet esse conditio* ⁽¹²⁾. L'obligation de procéder à la *tributio mercis* était imposée au *paterfamilias* par l'édit ⁽¹³⁾, et, lorsque le *paterfamilias* se refusait à procéder à cette distribution ou la faisait d'une manière dolosive, il était passible de l'action *tributoria* ⁽¹⁴⁾.

Si la *merx peculiaris* constitue par elle-même une universalité juridique, elle n'est cependant qu'une subdivision du pécule de l'esclave ou du fils commer-

§ 19 et 7 pr. a été contestée. M. Beseler supprime au fr. 5, § 19 les mots : *et ideo... consequitur* (Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 464) et : *sed quoniam... emergerint creditores* (Beiträge, t. 3, p. 149; cf. Bonfante Ist., p. 171). Mais, à part cette tournure étrange : *fieri potest ut possint*, on n'a invoqué aucune preuve décisive d'interpolation. À notre avis, la phrase « *quoniam... creditores* » est une glose ou une interpolation explicative et le juriste disait simplement : « *sed cavere debet creditor...* ». M. Beseler (*op. cit.*, t. 3, p. 149) considère également comme entièrement interpolé le fr. 7. En réalité, le seul indice sérieux d'interpolation consiste dans l'expression *domini debitum*, prise avec le sens de dette envers le maître; or, il est fort possible que *domini* ait été substitué à *domino* par étourderie dans la rédaction du Digeste.

(12) V. fr. 6 D. 14-4; 10; 52 pr. D. 15-1. Les règles émises en cette matière par le prêteur se rapprochent beaucoup de celles du droit français, où seuls les commerçants peuvent être déclarés en faillite et ne peuvent l'être qu'à l'occasion du non paiement de créances commerciales. En matière civile, c'est la loi du premier occupant. Mais, dans notre droit, tous les créanciers civils ou commerciaux du failli sont colloqués et la faillite porte sur tous les biens du débiteur, tandis que les créanciers de la *merx peculiaris* ont seuls droit à la *tributio mercis* et sont payés seulement avec le pécule commercial (*non autem totum peculium venit in tributum*).

(13) L'exâctitude de cette théorie soutenue par M. Lenel (Edit., t. 1, p. 316; Edict. Perp., p. 272-273) est prouvée maintenant par le Papyrus Oxyrhynque de Gaius.

(14) V. Papyrus Oxyrh. n° 2103 fr. 2+3 col. 2 lignes 50-53 (Oxyr. Papyri, t. 17 (1927), p. 177 et Z. S. S. f. R., t. 48 (1928), p. 536-537) : « *Et si cre[dito]res quærantur minus sibi distributum quam oportet. in id quod dæst hanc eis actionem pollicetur, [quæ, u]t diximus, tributoria vocatur.* » Et, parmi les textes du Digeste, v. principalement le fr. 7, § 2 D. 14-4; cf. fr. 12 h. t.

Au fr. 7, § 1 h. t., Ulpien et Pedius permettent au maître d'éviter les ennuis de la *tributio mercis* en abandonnant aux créanciers le pécule commercial (V. toutefois contre l'authenticité de ce texte, Beseler, Beiträge, t. 3, p. 74 et Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 453).

çant ⁽¹⁵⁾. Il en résulte qu'elle est comprise dans le legs du pécule ⁽¹⁶⁾, qu'elle entre en ligne de compte dans la *computatio peculii* de l'action *de peculio* ⁽¹⁷⁾. Il en résulte enfin, que les créanciers de la *merx peculiaris* sont en même temps créanciers de tout le pécule et peuvent, au lieu d'exiger la *tributio mercis*, intenter l'action *de peculio* ⁽¹⁸⁾.

La *merx peculiaris* constitue, à l'intérieur du pécule, un patrimoine d'affectation (un « Sondergut ⁽¹⁹⁾ »), qui trouve sa force de cohésion dans la volonté du *subjectus* avec laquelle concourt l'assentiment tacite du maître.

§ II. — LES PÉCULES DES « VICARII » ET « SERVI PECULIARES »

I. Le *peculium vicarii* est une universalité juridique. Il se distingue à plusieurs égards du *peculium ordinarii*. — A) Il peut être l'objet d'un legs spécial. — B) Des rapports sont possibles entre le pécule du vicaire et le pécule de l'ordinaire ou le patrimoine du maître. — C) Les dettes contractuelles du vicaire ne frappent le plus souvent que son pécule, elles ne

(15) Cf. fr. 5, § 11 et 13 D. 14-4.

(16) Cf. fr. 9, § 2 D. 14-4, texte d'ailleurs interpolé.

(17) Fr. 11 D. 14-4.

(18) Frs. 9, § 1 et 11 D. 14-4, Gaius Comm. 4, § 74. Bien entendu le créancier ne peut que choisir entre ces moyens comme l'atteste le fr. 9, § 1 (*utrum de peculio an tributoria* v. Levy, Konk., t. 1, p. 154), où, d'ailleurs, la phrase « cum... futurum » est certainement interpolée (v. Gradenwitz Interp., p. 86 suiv.; Beseler Beiträge, t. 2, p. 86; Levy, *op. cit.*, p. 154, n. 3). Les dettes envers le maître, comme les dettes commerciales envers les tiers, frappent tout le pécule. Si le *dominus*, contraint de procéder à la *tributio mercis*, n'a touché qu'un dividende, il peut déduire le surplus de la partie non commerciale du pécule (v. fr. 12 D. 14-4, où M. Rechnitz, S. Julianus, p. 89 considère comme non classiques les mots compris entre *non satisfecit* et *quare*).

(19) V. Bekker, Z. f. Handelsrecht, t. 4, 1861, p. 257 : « Das Betriebscapital und was damit erworben wird, bildet hier eine eigenen von dem übrigen Peculium unterschiedenen Kreis ».

frappent le patrimoine direct du maître que dans les cas où le maître serait tenu *in solidum* du chef d'un esclave direct, le pécule de l'ordinaire dans les cas où celui-ci serait tenu *in solidum* s'il était le maître libre du vicaire (sauf en ce qui concerne les dettes commerciales, qui, en cas de *scientia ordinarii*, frappent tout le pécule de l'ordinaire). — D) Le pécule de l'ordinaire et celui du vicaire ne sont pas liés quant à leur durée. — Le *peculium vicarii* peut survivre au *peculium ordinarii*. — II. Le pécule du vicaire n'est qu'une partie, une subdivision du pécule de l'ordinaire. — Conséquences qui en découlent.

A l'intérieur du pécule, et à côté des *merces peculiares*, pouvaient exister d'autres universalités juridiques, les pécules des *vicarii* ou des *servi peculiares* (1) (2), pécules susceptibles d'englober à leur tour des pécules commerciaux et des pécules de sous-esclaves.

Le pécule des vicaires, esclaves d'esclaves, et celui des *servi peculiares*, esclaves de fils de famille, étaient soumis à des règles identiques. Pour plus de commodité nous ne parlerons ici que du *peculium vicarii*.

Il nous faut rechercher, comme nous l'avons fait pour la *merx peculiaris*, dans quelle mesure le pé-

(1) Comme l'a signalé M. Erman (*Servus vicarius*, p. 519) les esclaves des fils n'étaient pas appelés *vicarii*, mais *servi peculiares*. L'auteur explique ainsi cette terminologie (v. l. c. et p. 404 suiv.). Primitivement le *vicarius* aurait été un esclave direct, remplaçant d'un autre esclave dans le service du maître. Par la suite, on aurait appelé ainsi l'esclave d'un autre esclave. Pour les *filiï familias*, au contraire, il n'y aurait pas eu de remplaçant de *vicarii*, et, lorsque leurs pécules comprirent des esclaves, on appela ceux-ci : *servi peculiares* ».

(2) On s'est demandé si les *filiï* pouvaient constituer avec leur pécule des pécules à leurs enfants. Tandis que Mandry (*Familien-güterrecht*, t. 2, p. 73) répondait à cette question négativement, M. Erman (*op. cit.*, p. 523 suiv.) se prononce pour l'affirmative. Quel que soit le concédant, le pécule du fils d'un *filius familias* ne pourrait faire partie du pécule de ce dernier que si le *filius* était considéré comme investi sur ses descendants d'une quasi puissance. Or, c'est une question controversée et qui demeure à notre avis sans réponse, que celle de savoir si le *filius familias* avait sur ses descendants un droit de quasi-puissance paternelle.

culé du vicaire se distingue du pécule de l'ordinaire et dans quelle mesure il se trouve lié à celui-ci.

I. — Le pécule du vicaire constitue une *universitas jurium* au même titre que le pécule de l'ordinaire. Le silence des textes sur ce point en est, à lui seul, la preuve. Les rares différences qui existent entre ces deux pécules sont soigneusement indiquées par les juristes. Nous devons donc appliquer au *peculium vicarii* tout ce qui a été dit du *peculium ordinarii*, en ajoutant que l'ordinaire étant lui-même maître du vicaire, peut faire des concessions en pécule à celui-ci (3).

A. — Le *peculium vicarii*, qui constitue une *universitas jurium*, se distingue sous de nombreux aspects du *peculium ordinarii*. Il peut faire tout d'abord l'objet d'un legs spécial et il se trouve séparé du pécule de l'ordinaire de même que celui-ci, s'il était légué, serait exclu de l'hérédité. Ulpien nous rapporte, à ce sujet, une décision fort intéressante rendue dans un cas assez curieux. Un maître avait affranchi par testament un de ses esclaves et le vicaire de celui-ci et leur avait légué leur pécule. Ulpien décide que les deux pécules sont distincts et que le vicaire du vicaire affranchi doit être la propriété exclusive de ce dernier (*vicarius vicarii non communicabitur*) (4).

(3) V. fr. 6 D. 15-1; cf. 4, § 6 h. t. Les présomptions de concession durent se rapporter non seulement au maître mais à l'ordinaire lui-même et à dater de Marcellus, le vicaire, comme tout autre esclave, dut être censé avoir de plein droit et nécessairement un pécule.

(4) Fr. 6, § 3 D. 33-8 (*lib. 25 ad Sabinum*) : « Si servus et vicarius ejus liberi esse jussi sint eisque peculia sua legata sint, ver-

L'indépendance des deux pécules se manifeste encore, soit par l'existence d'un passif propre au *peculium vicarii*, soit par la possibilité de rapports réciproques entre eux, soit enfin par ce fait que la durée du pécule du vicaire n'est pas liée à celle du pécule de l'ordinaire.

B. — Des rapports réciproques peuvent exister entre le pécule du vicaire, d'une part, et le pécule de l'ordinaire ou le patrimoine du maître, de l'autre, de telle sorte que le *peculium vicarii* apparaît comme une *universitas* distincte de ces deux autres universalités plus vastes et dans lesquelles il se trouve englobé.

Les créances du vicaire contre le maître sont traitées de la même manière que si le vicaire était esclave direct : elles augmentent ainsi l'actif de son pécule. Quant aux créances contre l'ordinaire, s'il faut en croire Ulpien et Servius, elles augmenteraient encore le *peculium vicarii*, *quemadmodum si dominus servo suo debeat* ⁽⁵⁾. Seulement, le débiteur n'est pas le maître, mais un autre esclave, aussi, lorsqu'on estimera la valeur du *peculium vicarii*, on ne pourra tenir compte de ces créances que dans la mesure où elles sont couvertes par le *peculium ordinarii*. Si, par exemple, le vicaire possédant contre l'ordinaire

ba secundum voluntatem testatoris exaudienda, tamquam de duobus separatique peculiis testatore locuto : et secundum haec vicarius vicarii non communicabitur, nisi haec mens fuit testantis ». Ce texte, sans doute, n'est pas à l'abri de toute critique et c'est peut-être à bon droit que M. Beseler (Beiträge, t. 3, p. 161) efface les mots « *verba... haec* » et la proposition : *nisi etc.* (La phrase « *nisi... testantis* » est également considérée par M. Lenel comme pouvant être interpolée, v. Palingenesia, t. 2, p. 1107, n. 4). Mais rien ne justifie la suppression du mot *non* devant *communicabitur*, proposée par M. Beseler.

(5) Fr. 17 D. 15-1.

une créance de 200, ce dernier n'a qu'un pécule de 100, la créance ne pourra être évaluée que pour 100, tandis qu'elle vaudrait pour le montant de sa valeur nominale si elle frappait le maître lui-même (6).

Le vicaire peut inversement être débiteur du maître ou de l'ordinaire. Les dettes du vicaire envers l'un ou l'autre de ces individus donneront lieu, lors d'une action *de peculio vicarii*, à des déductions sur le pécule du vicaire (7).

C. — Les dettes que le vicaire contracte envers les tiers frappent son pécule, et bien souvent rien que celui-ci, dans la mesure où elles frapperaient le pécule de l'ordinaire si elles avaient été contractées par ce dernier. Quant au maître et à l'ordinaire, ils sont, en principe, obligés du chef du vicaire, le premier *in solidum*, le second dans la mesure de son pécule, par les actes qui engageraient le maître *in solidum* s'ils étaient accomplis par l'ordinaire et sous les mêmes conditions.

Les créanciers du *subjectus* peuvent, à défaut d'autres moyens plus avantageux, intenter contre le maître une action *de peculio vicarii*. On a soutenu parfois que cette action était doublement adjectice,

(6) M. Erman a démontré par un raisonnement exact, mais subtil, qu'il se pouvait qu'en tenant compte des dettes de l'ordinaire envers le vicaire on arrive à considérer ce dernier comme faisant partie de son propre pécule, malgré l'enseignement d'Africain aux frs. 38, § 2 D. 15-1 et 16, § 1 D. 33-8 (v. Erman, Serv. Vic., p. 476 et les critiques de Affolter dans Z. S. S. f. R., t. 23, 1902, p. 61 suiv.) « En effet, dit M. Erman, la créance naturelle du vicaire contre l'ordinaire qui est un actif quelconque du *peculium vicarii*, a pour objet le pécule de l'ordinaire dans lequel se trouve le corps du vicaire Il peut donc arriver qu'un créancier simplement contractuel du vicaire par l'action *de peculio vicarii* force le maître de liquider le pécule du vicaire, qui pour l'effet pratique se trouve malgré Africain, l. c. *ipse in suo peculio* ».

(7) V. frs. 17 et 18 D. 15-1.

c'est-à-dire que la condamnation, fixée par la valeur du pécule du vicaire, n'était exécutée que dans la mesure du pécule de l'ordinaire : il s'agirait d'une action *de peculio vicarii de peculio ordinarii* (8). C'est là, à notre avis, une subtilité excessive. Entre l'action directe *de peculio vicarii* et la soi-disant action doublement adjectice, la différence est purement théorique. L'une et l'autre ne peuvent conduire qu'au même résultat. En effet, dans cette action doublement adjectice, on devra établir le montant de la condamnation au moyen de la *computatio peculii vicarii* au cours de laquelle on déduira ce qui est dû, soit au maître, soit à l'ordinaire, puis, la somme obtenue sera exigée du maître dans la mesure du pécule de l'ordinaire. Cette nouvelle limite à la responsabilité du maître est illusoire, car le *peculium ordinarii* est nécessairement plus vaste que le *peculium vicarii*. Supposons que le maître soit créancier de l'ordinaire pour une somme importante dépassant ce qui reste de son pécule, déduction faite du pécule du vicaire; comme nous le verrons, le solde débiteur doit être déduit du pécule du vicaire et le montant de la condamnation est par cela même réduit d'autant. La somme obtenue par la *computatio peculii vicarii* est toujours et nécessairement comprise dans le *peculium ordinarii*. Les juristes d'ailleurs ne parlent pas d'une action *de peculio vicarii de peculio ordinarii*,

(8) V. en ce sens : Erman, *op. cit.*, p. 494, cf. p. 477; Affolter, *Z. S. S. f. R.*, t. 23, p. 61 suiv. (contre Affolter Buckland, *t. R. L. of Slavery*, p. 243-244).

mais tout simplement d'une action *de peculio vicarii* (9).

Le maître peut être tenu du chef du vicaire au delà de la valeur du pécule de celui-ci dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que si le vicaire était son esclave direct. Il est passible du chef du vicaire des actions *in solidum, quod jussu, exercitoria, insitoria*, en cas de *jussus* ou de *præpositio* de sa part ; il doit également répondre de l'*in rem versio* qui a eu lieu au profit de son patrimoine direct et procéder à la *tributio mercis*, lorsqu'il a eu connaissance du commerce exercé par le vicaire (10).

Quelles actions comptaient contre le maître lorsque le *jussus*, la *præpositio*, l'assentiment au commerce émanaient de l'ordinaire ou en cas d'*in peculium ordinarii versio* ?

Le vicaire, traitant dans les limites de la *præpositio* ou du *jussus* émanant de l'ordinaire, représentait celui-ci ; les tiers devenaient ainsi créanciers, non seulement du *peculium vicarii*, mais encore du *peculium ordinarii*. Comme tout créancier de l'ordinaire, ils pouvaient agir contre le maître de *peculio ordinarii* (11). Mais l'action *de peculio* n'est que la forme sous laquelle peut se présenter toute action personnelle *ex contractu*, lorsque celui qui a contracté la dette est un *alieni juris*. L'action sanctionnant la dette contractée par le vicaire, dans les termes de la *præpositio* ou du *jussus* de l'ordinaire, était une action doublement adjectice, c'est-à-dire une action

(9) V. fr. 12 D. 14-3; 19 pr. D. 15-1; 17 § 1 D. 15-3.

(10) Fr. 1, § 22 D. 14-1; 5, § 9 D. 14-4; 17, § 1 D. 15-3.

(11) Fr. 1, § 22 D. 14-1; 17, § 1 D. 15-3.

quod jussu ou *exercitoria* ou *institoria de peculio ordinarii*.

Le *peculium ordinarii* devait également répondre de la *versio* dont il avait profité du fait du vicaire. Le moyen de procédure par lequel on poursuivait cette *versio in peculium ordinarii* est étudié et décrit par Africain au fr. 17, § 1, D. 15-3 (12). Le juriste nous dit que l'on agit dans ce cas *quodammodo de peculio ordinarii* et il compare cette procédure à l'action *quod jussu ordinarii*. Cela ne veut pas dire que l'on intentera dans ce cas une action *de peculio ordinarii*, ni que l'action née du *jussus* de l'ordinaire n'est pas une action *de peculio ordinarii*. Africain ne mentionne ici l'action *quod jussu* qu'à titre d'exemple. Dans une action *de peculio ordinarii* pure et simple, la condamnation est fixée par la valeur du pécule de

(12) African. lib. 8 Quæst.) « Cum Stichus vicario servi tui Pamphili contraxi : actio de peculio et in rem verso ita dari debet, ut, quod vel in tua ipsius rem vel in peculium Pamphili versum sit, comprehendatur, scilicet etiamsi mortuo vel alienato Stichus agatur. quod si Pamphilo mortuo agam, magis est, ut, quamvis Stichus vivat, tamen de eo, quod in peculio Pamphili versum est, non nisi intra annum quam is decessit actio dari debeat: etenim quodammodo de peculio Pamphili tum experiri videbor, sicuti si, quod Stichus de cuius peculio agitur vivat, quando non aliter ea res in peculio ejus esse potest, quam si Pamphili peculium maneat. Eadem ratio efficiet, ut id, quod in peculio Pamphili versum sit, ita præstari debere dicamus, ut prius ejus, quod tibi Pamphilus debuerit, deductio fiat, quod vero in tuam rem versum fuerit, præstatur etiam non deducto eo quod Pamphilus tibi debet ». M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 46 (1926) p. 272, cf. B., t. 2, p. 37) supprime la phrase : *scilicet... agatur*; puis toute la fin du texte depuis *etenim*. La phrase : *scilicet...* doit être conservée. Elle est ici de la plus grande importance. Le jurisconsulte devait préciser que l'on pouvait poursuivre l'*in peculium ordinarii versio*, de même que l'*in rem domini versio*, encore après l'année qui suit la dissolution du pécule du vicaire. Les mots *post annum* précédaient sans doute *agatur* dans le texte original d'Africain. La fin du texte, depuis *etenim*, prête, dans une certaine mesure, le flanc à la critique (cf. Lenel, Z. S. S. f. R., t. 51, 1931, p. 38, n. 5). Mais les quelques incorrections que l'on peut y relever sont peut-être dues simplement à des erreurs dans la transcription du texte au Digeste. De toute façon la doctrine qui y est développée est classique.

l'ordinaire ; en cas de *versio in peculium ordinarii*, elle ne peut pas dépasser le montant de la *versio*. Le paiement de ce qui reste dû ne peut être exigé que du *peculium vicarii*. L'action intentée contre le maître, dans l'hypothèse ici envisagée, sera normalement une action *de peculio vicarii*. De même que dans toute action *de peculio*, on pourra insérer une clause relative à l'*in rem domini versio*. Mais, comme il peut également y avoir une *versio in peculium ordinarii*, il faudra dans cette hypothèse insérer dans la formule une nouvelle clause relative à cette *versio*. Seulement, cette clause ne produira pas les mêmes effets que celle relative à l'*in rem domini versio* et ne sera pas traitée de même. La dette née de la *versio in peculium ordinarii* est une dette du pécule de l'ordinaire, le montant n'en peut être exigé que dans la mesure de ce pécule, déduction faite des dettes envers le maître, et tant qu'une action *de peculio ordinarii* serait encore possible. La créance pour *versio in rem domini* n'est pas prescriptible et doit être intégralement payée. Autrement dit, et c'est ce qui se dégage nettement du texte d'Africain, l'action *de peculio vicarii* est susceptible de comporter une double clause pour *versio*; et, en poursuivant l'*in peculium ordinarii versio*, par l'insertion d'une clause spéciale dans la formule de l'action *de peculio vicarii*, on agit *quodammodo de peculio ordinarii*, en ce sens que cette clause est soumise aux mêmes conditions que l'action *de peculio ordinarii* ⁽¹³⁾.

(13) La formule de l'action *de peculio vicarii* est exactement reconstituée ainsi par M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p.

Quelles actions sanctionnaient les dettes commerciales du *vicarius* commerçant ? Le fr. 5, § 1. D. 14-4 d'Ulpien ⁽¹⁴⁾, permet de répondre assez aisément à cette question. Ulpien distingue ici trois hypothèses : celle où le commerce est exercé à la connaissance de l'ordinaire et à l'insu du maître, celle où il est exercé à la connaissance des deux, et enfin celle où le maître seul a eu connaissance du commerce. Le maître *sciens* est tenu de procéder à la *tributio mercis* et il est, le cas échéant, passible de l'action *tributoria*.

272) : « *Si Stichum N. servum, si liber esset ex jure Quiritium, A. centum dare oporteret, N. A. centum dumtaxat de peculio Stichi, deque eo quod in peculium Pamphili ordinarii versum est dumtaxat de peculio Pamphili, deque eo quod in rem N. versum est condemna s. n. p. a.* » (La formule devait, en outre, comporter la *clausula doli*).

(14) (Ulpian. lib. 29 ad ed.) : « *Si vicarius servi mei negotietur, si quidem me sciente, tributoria tenebor, si me ignorante, ordinario sciente, de peculio ejus actionem dandam Pomponius libro sexagensimo scripsit, nec deducendum ex vicarii peculio, quod ordinario debetur, cum id quod mihi debetur deducatur. Sed si uterque scierimus, et tributoriam et de peculio actionem competere ait, tributoriam vicarii nomine, de peculio vero ordinarii eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur, sic tamen, ut utrumque tribuatur et quod mihi et quod servo debetur, cum, si servus ordinarius ignorasset, deduceretur integrum, quod ei a vicario debetur* ». Des doutes ont été déjà élevés contre l'authenticité de ce texte par M. Buckland (T. R. L. of Slavery, p. 247), et M. Beseler (B., t. 4, p. 267) propose d'importantes corrections. Nous admettons avec ce second auteur la suppression des mots : « *Si quidem... si* » et « *eligere... experiatur* ». Plus contestable est la substitution des mots « *formulam dandam esse ait* » à « *et tributoriam... ait* », proposée par M. Beseler. En tout cas, c'est à tort que l'auteur efface le mot *sed* au début de cette phrase. On comprend parfaitement une opposition entre l'hypothèse précédemment envisagée et celle dont s'occupe maintenant le juriste : les solutions proposées sont différentes. Avant, le maître n'était passible que de l'action de *peculio ordinarii*, maintenant, les créanciers peuvent, à leur choix, intenter l'action de *peculio ordinarii* ou contraindre le maître à procéder à la *tributio mercis vicarii nomine*, sous peine d'une *tributoria actio*. L'expression « *tribuere quod mihi et quod servo debetur* » est choquante. Vraisemblablement, comme le soutient M. Beseler, après *ordinarii*, le texte était primitivement rédigé ainsi : « *<Si vicarii nomine actum sit, an in tributum vocetur> et quod mihi et quod servo debetur ? <Et magis esse ait utrumque vocari>* ». C'est à tort que M. Beseler introduit le mot *nec* devant « *si servus ordinarius* » à la fin du texte et fait dire ainsi au juriste tout le contraire de ce qu'il nous disait en réalité (V. note suivante).

Mais, si le commerce est exercé à l'insu de l'ordinaire, tout ce qui est dû à ce dernier par le vicaire doit être intégralement déduit du *peculium vicarii*. C'est ce que nous apprend Ulpien à la fin du fr. 5, § 1 : « *Cum, si servus ordinarius ignorasset, deducatur integrum, quod ei a vicario debetur* ⁽¹⁵⁾. » Lorsque le commerce est exercé à la connaissance de l'ordinaire seul, c'est l'action *de peculio ordinarii* ⁽¹⁶⁾ qui

(15) M. Beseler, *l. c.* croit que, même dans ce cas, on ne pouvait pas intégralement déduire ce qui était dû à l'ordinaire par le *vicarius* mais que de semblables dettes, comme celles envers le maître, étaient réglées au marc le franc en concours avec les dettes envers les tiers. Il n'y a rien dans les sources qui puisse justifier cette théorie et le fr. 5, § 1 D. 14-4 lui est directement contraire. M. Beseler soutient également que le maître ignorant le commerce du vicaire perdait lui aussi son *jus deductionis* en cas de *scientia ordinarii*. Ce qui est inexact. Dans ce cas, le maître ne pouvait pas être contraint de procéder à la *tributio mercis*, il n'était pas passible de l'action *tributoria*, mais d'une action *de peculio ordinarii* et il pouvait déduire intégralement ce qui lui était dû soit par l'ordinaire soit par le vicaire. C'est d'ailleurs ce que nous enseigne clairement Ulpien au fr. 5, § 1. Le maître perd son *jus deductionis* dans la *tributio mercis*, parce qu'il est censé y avoir renoncé en tolérant le commerce de l'esclave. La *scientia domini* est la condition sous laquelle le maître peut être privé de son *jus deductionis* et tenu de procéder à la *tributio mercis*. (La *scientia domini* est une condition expressément prévue par le préteur dans son édit v. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 271; v. Papyrus Oxyrhynque, n. 2103, fr. 2+3 colonne, 2 lignes 42-45; cf. Levy, *Z. S. S. f. R.*, t. 48 (1928), p. 549 : « *Für die deduktionslose Haftung aus dem negotiari in merce peculiari (actio tributoria) reicht dagegen die unverlaubbart gebliebene scientia...* ». Et précisément, Ulpien nous dit au fr. 3, pr. h. t. que, lorsque le commerce est exercé par un *servus communis* à l'insu d'un de ses maîtres, à la connaissance de l'autre, ce qui est dû au maître ignorant doit être intégralement déduit. (Ici encore M. Beseler, *l. c.* introduit arbitrairement le mot *nec* devant *deducetur* et supprime le mot *tamen*). L'ordinaire est traité, en principe, vis-à-vis des tiers comme le maître du vicaire; il n'y avait pas de motif pour le priver du bénéfice de la déduction dans un cas où le maître conserverait son *jus deductionis*. Sans doute, les dettes envers l'ordinaire sont juridiquement des dettes envers le maître : en effet, le principe de l'acquisition nécessaire au *paterfamilias* jouait même à l'égard de créances simplement naturelles nées entre *subjecti*. Mais le maître, créancier de ce qui était dû par le vicaire était débiteur pour autant envers l'ordinaire, et l'on comprend que de semblables créances aient été intégralement déduites, alors que leur montant en devait être imputé au pécule direct de l'ordinaire dans la mesure de celui du vicaire.

(16) Une action *de peculio ordinarii* et non une action *de peculio vicarii*, comme le pensait Théophile et la plupart des Glossa-

compète contre le maître. « *Si vicarius servi mei negotietur*, dit Ulpien, [...] ⁽¹⁷⁾ *me ignorante, ordinario sciente, de peculio ejus actionem dandam*, Pomponius libro sexagensimo scripsit. » Et, Ulpien nous apprend encore que ces deux procédures, *tributio mercis* et action *tributoria* d'une part, action *de peculio ordinarii* de l'autre, sont accessibles au créancier, qui peut choisir entre elles, lorsque le commerce est exercé à la connaissance du maître et de l'ordinaire : « *Sed si uterque scierimus et tributoriam et de peculio actionem competere ait*. » Quelle est cette action *de peculio ordinarii*, dont parle Ulpien ? On a soutenu qu'il s'agissait d'une *tributoria actio de peculio ordinarii* ⁽¹⁸⁾. Cela nous semble inadmissible, et M. Erman lui-même, qui se prononce en ce sens, reconnaît que des raisons sérieuses militent contre cette interprétation. « Il est tout d'abord évident, dit-il ⁽¹⁹⁾, que l'expression trois fois répétée d'action *de peculio (ordinarii)* est tout en faveur de l'idée de l'action normale de ce nom. En effet, on ne conçoit guère que des juristes clairs jusqu'à la platitude, comme Pomponius et surtout Ulpien, aient par trois fois de suite désigné comme simplement *de peculio (ordinarii)* une action (*tributoria vicarii nomine*) *de peculio ordinarii* ; et surtout qu'ils n'aient pas craint

teurs (Erman, *op. cit.*, p. 486). Au fr. 5, § 1 *ejus* ne peut se rapporter qu'à *ordinario*, de plus l'action *de peculio*, pour *scientia ordinarii*, est expressément qualifiée d'action *de peculio ordinarii* (v. Erman, *l. c.*).

(17) Fr. 5, § 1, D. 14-4. Sur la suppression des mots qui précèdent *me ignorante*, v. *supra*, note 14.

(18) V. en ce sens Erman, *op. cit.* p. 487 suiv.; Beseler, *Beiträge*, t. 4, p. 268; cf. Buckland, *op. cit.* p. 246.

(19) *Op. cit.*, p. 487.

d'égarer leurs lecteurs en opposant à l'action *tributoria* contre le maître cette action comme *de peculio ordinarii*, alors qu'en réalité elle aurait été une *tributoria actio*. » M. Erman ne croit pas cependant possible que les jurisconsultes aient songé à donner ici une action *de peculio ordinarii* pure et simple. « L'action *de peculio ordinarii* tout court, objecte-t-il ⁽²⁰⁾, c'est-à-dire la responsabilité personnelle et *in solidum* de l'ordinaire serait absolument exorbitante dans ce cas où un maître libre ne répondrait qu'avec la *merx pecularis*. » Mais ne serait-il pas également contraire à l'édit sur l'action *tributoria* d'imposer la *tributio mercis* avec ses ennuis et ses risques à un maître ignorant du commerce de l'esclave débiteur, et cela, même en supposant avec M. Erman que ce maître gardait son *jus deductionis* ?

L'idée d'une action *tributoria de peculio ordinarii* est condamnée, non seulement par les termes mêmes dont se sert Ulpien au fr. 5, § 1 ⁽²¹⁾; mais encore par la nature de l'action tributoire. L'action *tributoria* est intentée contre le maître coupable de s'être refusé à la liquidation du patrimoine commercial ou d'avoir effectué dolosivement la *tributio mercis*... Dans notre hypothèse, il est bien évident que la *tributio mercis* serait effectuée, non par l'ordinaire qui n'est qu'un esclave, mais par le maître lui-même. L'action tribu-

(20) *Op cit.*, p. 487-488.

(21) M. Buckland (*l. c.*) objecte que l'on ne peut tirer aucun argument du fait que l'action prévue en cas d'ignorance du maître est opposée à la *tributoria actio*. Ce ne serait pas, pour M. Buckland, une *tributoria actio* proprement dite, mais une action *utilis* ou *ad exemplum tributoriae*. En réalité, dans notre texte, cette action est désignée comme une action *de peculio ordinarii* pure et simple, non comme une *utilis actio tributoria*.

toire intentée alors en raison du dol du maître ne pourrait pas être une action tributoire *de peculio ordinarii*, mais une action *tributoria* tout court. On ne pourrait songer à une action tributoire *de peculio ordinarii*, que si la *tributio mercis* ayant été effectuée par l'ordinaire lui-même, ce qui n'est pas possible, il s'agissait de poursuivre non le dol du maître mais celui de l'ordinaire.

Le *peculium vicarii* possède un passif qui lui est propre. L'ordinaire n'est tenu sur tout son pécule des dettes du *vicarius* que dans la mesure où il devrait répondre sur son patrimoine des dettes de celui-ci s'il en était le maître, à l'exception des dettes contractées par le vicaire *mercis nomine, sciente ordinario*, qui sont traitées comme celles nées dans les termes du *jussus* ou de la *præpositio* de l'ordinaire.

D. — L'indépendance du pécule du vicaire et de celui de l'ordinaire se manifeste encore dans ce fait que les deux pécules ne sont pas liés quant à leur durée, notamment que celui du vicaire peut survivre (sans nouvelle concession) à celui de l'ordinaire. On peut en voir la preuve dans une remarque d'Africain, au fr. 17, § 1, D. 15-3. Africain, après nous avoir dit ici que l'on agissait *de in peculium ordinarii verso quodammodo de peculio ordinarii* et que les droits du créancier s'éteignaient en conséquence après l'année qui suit la dissolution du pécule de l'ordinaire, ajoute : « *Nec nos movere debet, quod Stichus, de cujus peculio agatur, vivat, quando non aliter ea res in peculio ejus esse potest, quam si Pamphili peculium maneat* ». Il est certain que l'on pouvait agir

pour une *versio in rem domini* ou *in peculium ordinarii* après la dissolution du pécule du vicaire. Mais la manière dont s'exprime le juriste implique la survie du pécule du vicaire à celui de l'ordinaire. Africain nous dirait-il « *quando non aliter...* » si la dissolution du *peculium ordinarii* entraînait celle du *peculium vicarii* ? Cette remarque d'Africain prend toute sa valeur si l'on tient compte des considérations qui la précède. Africain nous dit que l'on peut poursuivre l'*in peculium ordinarii versio*, même après la dissolution du pécule du vicaire ; tandis qu'on ne peut plus agir après l'année qui suit la dissolution du pécule de l'ordinaire, bien que le vicaire soit encore vivant (s. e. et qu'il conserve son pécule), parce que la créance pour version du vicaire contre l'ordinaire s'éteint avec la perte du *peculium ordinarii* et disparaît ainsi de l'actif du *peculium vicarii*.

II. — Si le pécule du vicaire constitue une *universitas* distincte du pécule de l'ordinaire, il n'en est toutefois qu'une partie. Les textes affirment cela expressément et en déduisent de nombreuses conséquences. Tout d'abord le pécule du vicaire est compris dans le legs du pécule de l'ordinaire en l'absence de dispositions contraires du testateur ⁽²²⁾.

En second lieu, lors d'une action *de peculio ordinarii* on tient compte dans l'évaluation du pécule des *peculia vicariorum* ⁽²³⁾. Le maître déduit alors ce qui

(22) Cf. fr. 6, § 3 et 25 D. 33-8.

(23) M. Cuq, Inst., t. 2, p. 135, n. 10, croit cependant que, lorsque le maître était poursuivi *de peculio* du chef de l'ordinaire, on ne tenait pas compte du pécule du vicaire. A notre avis, l'incorporation du *peculium vicarii* dans le *peculium ordinarii* est incontestable, nous en avons apporté ci-dessus des preuves que

lui est dû, soit par l'ordinaire, soit par le vicaire, tandis que les dettes entre vicaire et ordinaire ne donnent lieu à aucune déduction, « *quia*, dit Ulpien ⁽²⁴⁾, *peculium eorum in peculio ipsius est* ». Le maître, créancier de l'ordinaire, ne peut pas être moins bien traité que les tiers. Il a le droit de déduire ce que lui doit l'ordinaire, non seulement du pécule de celui-ci, mais encore des pécules des vicaires, et cela d'ailleurs, qu'il s'agisse d'une action de *peculio ordinarii* ou d'une action de *peculio vicarii* ⁽²⁵⁾. Les dettes de

nous croyons décisives. Le fr. 19 pr., D. 15-1 semble également favorable à cette opinion. Selon la compilation, Ulpien aurait écrit (lib. 29 ad ed.) : « *Hinc quæritur, si ordinarii servi nomina actum sit de peculio, an agi possit et vicariorum : et puto non posse. Sed si actum sit de peculio vicarii, agi poterit et de peculio ordinarii* ». Il ne peut être ici question que des dettes donnant au créancier le choix entre l'action de *peculio vicarii* et l'action de *peculio ordinarii*. Tandis qu'il est permis d'agir à nouveau de *peculio ordinarii* après une action de *peculio vicarii*, le contraire n'est pas possible. Cela résulte de l'imputation dans l'actif du pécule de l'ordinaire du pécule du vicaire. En effet, le créancier, qui a agi de *peculio ordinarii*, a déjà été payé sur le *peculium vicarii*. Mais on peut douter de l'authenticité de ce texte. L'effet extinctif de la *litis contestatio*, ne s'opposait-il pas, à l'époque classique, à cet exercice successif des actions de *peculio vicarii* et *ordinarii* ? M. Levy, Konkurrenz, t. 1, p. 157-158, pense qu'Ulpien avait écrit : « *Sed <et> si actum sit de peculio, agi <non> poterit de peculio ordinarii* ». (Cf. Lusignani et Bonfante cités par Ind. Interp., ces auteurs suppriment la phrase : *Sed...*). Cela n'est pas invraisemblable. Mais on peut également supposer avec M. Erman (*op. cit.*, p. 516 suiv. et Z. S. S. f. R., t. 19, p. 341 n 1) qu'Ulpien faisait tomber l'effet extinctif de la *contestatio litis* au moyen d'une *integrum restitutio*, qu'il sous-entendait ou plutôt dont les compilateurs ont ici encore effacé la mention comme ils l'ont fait au fr 32 pr. D. 15-1 (texte que nous étudierons plus loin).

(24) Fgt. 17 D. 15-1.

(25) Fr. 17 D. 15-1 (Ulpian, lib. 29 ad ed.) : « ... *et id quidem, quod mihi dominus eorum, id est ordinarius servus debet, etiam ex peculio eorum* (c'est-à-dire des vicaires) *detrahatur...* ». M. Buckland, *op. cit.* p. 244-245, se prononce toutefois en sens contraire et invoque le fr. 17, § 1 D. 15-3. Africain nous dit ici (si cette partie du texte est authentique) : « ... *Eadem ratio efficiet, ut id, quod in peculio Pamphili versum sit, ita præstari debere dicamus, ut prius ejus, quod tibi Pamphilus debuerit, deductio fiat, quod vero in tuam rem versum fuerit, præstetur etiam non deducto eo quod Pamphilus tibi debet* ». Si, pense M. Buckland, le maître pouvait déduire du pécule du vicaire ce qui lui était

l'ordinaire, soit envers les tiers, soit envers le maître, frappent tout le *peculium ordinarii* y compris les *peculia vicariorum*, mais ceux-ci, toutefois, seulement subsidiairement. Les dettes de l'ordinaire devront être payées d'abord au moyen du pécule de celui-ci (déduction faite des pécules des vicaires, puis avec ceux des vicaires en cas d'insuffisance. Autrement, il serait facile au maître de commettre un véritable dol à l'encontre des créanciers des vicaires. Supposons, par exemple, que le pécule de l'ordinaire, déduction faite de celui du vicaire, vaille 200, celui du vicaire 100, que l'ordinaire et le vicaire soient tous deux débiteurs de créanciers différents pour 100 et supposons que le créancier de l'ordinaire agisse le premier : si le maître était libre de payer celui-ci avec telle partie du pécule qu'il lui plaît, il pourrait affecter à cela le pécule du vicaire; le créancier de ce dernier se trouverait en face d'un pécule réduit à néant. Le maître se serait ainsi déchargé, en fait, de deux dettes en n'en payant qu'une seule ⁽²⁶⁾.

dû par l'ordinaire, il pourrait opérer une pareille déduction sur le montant de la *versio in rem* dont il a profité de la part du vicaire. Nous ne partageons pas cette manière de voir. L'*in rem domini versio* donne naissance à une créance naturelle du vicaire contre le maître et c'est cette créance que le tiers fait valoir pour son propre compte dans l'action pour version. Si le vicaire devient débiteur du maître, il y a compensation et l'*in rem versio* disparaît en tout ou en partie. Mais si c'est l'ordinaire qui est débiteur, la compensation est impossible. La dette du maître envers le vicaire ne peut pas se compenser avec la créance que le maître possède contre un troisième personnage, l'ordinaire. Si le pécule du vicaire peut être affecté par les dettes de l'ordinaire envers le maître, c'est qu'il n'est qu'une partie du pécule de l'ordinaire, non parce que le vicaire est lui-même débiteur. Si le vicaire devient esclave direct du maître il est certain que le maître ne pourra plus déduire du *peculium vicarii* ce que lui devait l'ordinaire.

(26) V. en ce sens Erman, *op. cit.*, p. 479 suiv., qui donne un exemple analogue.

De tout temps, le *subjectus* soumis à un seul *paterfamilias* ne put avoir simultanément qu'un seul pécule. L'une et l'autre des conceptions que les jurisconsultes se sont faites successivement du pécule conduisaient à ce résultat. Malgré le but spécial auquel peuvent être affectés certains éléments du pécule, ceux-ci concourent à un but commun : le service de la personne en puissance — d'où l'unité du pécule à un moment donné — et, peu importe que ce but fut assigné par le *paterfamilias* ou la loi, alors que le *subjectus* est soumis à un seul maître, que les éléments de son pécule font partie d'un même patrimoine.

TITRE II

L'UNICITE DU PECULE, LORSQUE L' « ALIENI JURIS » APPARTIENT SIMULTANEMENT OU SUCCESSIVEMENT A PLUSIEURS « PATRES-FAMILIAS ».

Lorsque l'*alieni juris* est soumis à plusieurs *patresfamilias*, les biens qu'il détient en pécule et dont la propriété revient aux uns et aux autres de ses maîtres, se groupent-ils, en raison de la diversité des patrimoines auxquels ils appartiennent, en un certain nombre de péculs complètement distincts, ou bien,

ne forment-ils, au moins à certains égards, qu'une même masse ?

Si le pécule n'est qu'une simple subdivision du patrimoine du *paterfamilias*, faite librement par ce dernier en vue d'un but déterminé, il ne doit pas pouvoir, semble-t-il, dépasser les limites de ce patrimoine. Il doit nécessairement en être autrement, même dans les hypothèses que nous allons maintenant envisager, si le pécule est le *quasi-patrimonium* de l'esclave ou du fils de famille. Ici encore nous retrouvons les traces d'une évolution. Tandis que les sources consacrent nettement l'« unicité » du pécule, on peut découvrir les vestiges, déjà bien effacés, mais cependant reconnaissables, de règles différentes plus anciennement suivies. Nous verrons toutefois que l'« unicité » du pécule était déjà consacrée par des juristes qui semblent n'avoir pas admis encore la nouvelle conception du pécule. Notre tâche ne se bornera donc pas uniquement à dégager les solutions proposées par la jurisprudence classique, mais encore à en rechercher les motifs.

Différentes hypothèses sont à envisager :

1° Celle d'un esclave commun à plusieurs maîtres.
2° Celle d'un esclave soumis à plusieurs maîtres non *socii*.

3° Celle où l'*alieni juris*, fils ou esclave, passe du pouvoir d'un *paterfamilias* dans celui d'un autre.

§ I. — L'UNICITÉ DU PÉCULE LORSQUE L'ESCLAVE
EST COMMUN A PLUSIEURS MAÎTRES

SECTION PREMIÈRE : *Cas dans lesquels le servus communis possède un pécule commun.*

SECTION DEUXIÈME : *Le régime de l'action de peculio ex cas de communauté du pécule.*

I. L'action porte sur l'*universum peculium* (condamnation du défendeur *in universum peculium* et déduction des dettes envers tous les maîtres). — II. L'existence d'un recours entre *socii*, présumé nécessaire de la condamnation *in universum peculium* du *socius* défendeur. — Ce recours n'existe que lorsque l'esclave et le pécule sont communs. — III. Julien inventeur de l'action *in universum peculium*. — Les raisons qui ont poussé Julien à cette innovation, celles qui ont fait adopter la doctrine de Julien par les jurisconsultes postérieurs.

SECTION TROISIÈME : *Le régime de l'action de peculio en cas de peculia separata.*

I. L'enseignement d'Ulpien au fr. 15, D. 15-1. Le défendeur n'est pas condamné dans ce cas au delà de la valeur du pécule lui appartenant et il ne peut déduire que ce qui est dû à lui-même. — II. Contradiction prétendue entre le fr. 15, D. 15-1 d'Ulpien et le fr. 27, § 8 h t. de Gaius. Théories diverses s'appuyant sur cette prétendue contradiction : divergence d'opinions entre Ulpien d'une part, Julien et Gaius de l'autre. — Interpolation du fr. 15, D. 15-1. — III. Inadmissibilité de ces théories — A) La communauté du pécule conditionne l'existence d'un recours entre *socii* relativement à une condamnation *de peculio*. — B) Inexistence d'une contradiction entre les doctrines exposées aux fr. 15 et 27, § 8, D. 15-1. — C) Étude du fr. 12, D. 15-1. — IV. Les solutions vraisemblablement proposées, en cette matière, par les jurisconsultes, au cours de l'époque classique.

Les biens que le *servus communis* tient à titre de pécule, peuvent suivre des régimes différents. Ils peuvent être communs à tous les maîtres et constituer ainsi un *peculium commune*. Ils peuvent appartenir à un seul des maîtres ou se diviser en plusieurs masses appartenant chacune exclusivement à un *socius* (*peculia separata*).

Avant d'examiner les droits des créanciers du *ser-*

vus communis dans ces diverses hypothèses, il convient de rechercher quand le pécule est commun et quand il ne l'est pas.

Section Première : Cas dans lesquels le servus communis possède un peculium commune.

En principe, le pécule du *servus communis* est commun (1). C'est, en effet, avec un soin tout particulier que les jurisconsultes précisent les hypothèses de *peculia separata* (2), tandis qu'ils sous-entendent ordinairement la communauté du pécule (3). L'esclave commun ne possède des *peculia separata* que par hasard, dans des cas exceptionnels, semble nous dire Ulpien au fr. 15 D. 15-1 : « *Si forte separata apud se peculia habeant (les socii)* » (4).

Julien, au fr. 16 D. 15-1, pose cette question : « *Quis ergo casus est, quo peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat ?* » Il répond ainsi : « *In primis si quis servi partem dimidiam vendiderit nec peculium ei concesserit : deinde si quis servo communi pecuniam vel res aliquas ea mente dederit, ut proprietatem earum retineret, administrationem autem servo concederet* ».

Les mots : *nec peculium ei concesserit* sont à effacer, ils ont été introduits par un glossateur. Julien en-

(1) V. en ce sens : Mandry, *Peculium duplicis juris* (Z. S. R., t. 8), p. 387-388, Solazzi, Bull., t. 17, p. 211; Levy, Konkurrenz, t. 1, p. 248 i. f. V. cependant en sens contraire, Ein (*Le azioni dei condomini*, Bull., t. 39, 1931, p. 280-281).

(2) V. notamment fr. 16 D. 15-1.

(3) V. frs. 27, § 8; 37, § 2; 51 D. 15-1.

(4) Mandry, l. c.

visageait la vente *sine peculio dimidiæ partis servi* (5). Dans ce cas, il est bien évident que le pécule jusqu'à ce jour possédé par l'esclave ne devient pas commun.

La seconde éventualité prévue par le juriste est beaucoup plus intéressante. Les biens remis au *servus communis* ne sont pas communs, nous dit Julien, lorsque le maître concédant aura eu l'intention d'en retenir l'exclusive propriété. Mais il faudra prouver cette intention et la preuve ne pourra résulter que d'une déclaration expresse (6). Nous pouvons donc conclure de cela, par un raisonnement *a contrario*, que toute concession normale, faite par un copropriétaire de l'esclave, rend commun l'objet concédé (7).

(5) Il ne nous semble pas possible de donner une bonne explication de la phrase : *nec peculium ei concesserit*. D'après le contexte, le sujet de *concesserit* ne peut être que le vendeur, le seul individu dont il ait été question auparavant, et on doit en conclure que l'esclave n'avait pas de pécule au moment de la vente. Mais, en est-il ainsi, si par la suite un des maîtres concède un pécule à cet esclave, suivant la forme de la concession, le pécule sera ou non commun; tout se ramène donc à la question examinée dans la deuxième partie du paragraphe (*deinde*). Les mots : *nec peculium ei concesserit* ont été ajoutés avant la rédaction du Digeste par un glossateur, qui comprenant peut-être mal la pensée du jurisconsulte a cru pouvoir l'expliquer de cette façon. Julien prévoyait une vente *sine peculio* et il ne faisait pas mention du pécule — ce qui est tout naturel puisque l'aliénation de l'esclave n'entraîne pas celle du pécule. V. en ce sens Naber (Mnemosyne, Bibliotheca Batava, t. 37, 2^e série, 1909, p. 284) qui efface : *nec peculium ei concesserit* et interprète le texte comme s'il était écrit *ex abundanti* : *sine peculio*. M. Rechnitz (Studien zur Salvius Julianus, p. 70) croit ce fragment paraphrasé, mais il tient pour exacte la phrase très importante *deinde etc* M. Beseler, Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 56, considère tout le fr. 16 comme une paraphrase. Il invoque en ce sens, outre l'inexactitude des mots : *nec peculium ei concesserit*, le fait que différents cas sont énoncés avec : *in primis, deinde*, l'impropriété de *res aliquas* au lieu de *alias res*. Ces critiques sont peut-être exagérées. Les mots *res aliquas* ne seraient pas suspects, si on supprimait les mots *pecuniam vel*, qui ont été probablement ajoutés après coup dans ce texte.

(6) Il faut bien l'admettre en l'absence d'indications spéciales. Il était, en effet, nécessaire que les tiers et les autres *socii* soient avertis d'une façon non équivoque; sinon le maître aurait pu trop facilement objecter, soit au moment d'une poursuite *in universum peculium*, soit au moment du règlement avec son coassocié, qu'il avait retenu l'exclusive propriété des biens concédés.

(7) V. également fr. 37, § 1 D. 41-1 (Julian. lib. 44 dig.).

Dans une annotation, Marcellus ⁽⁸⁾ complète ainsi le texte de Julien : « *est etiam ille casus si alter ademerit, vel si omni quidem modo concesserit dominus; sed in nominibus erit concessio* ». Marcellus, ici, ne combat en aucune façon la doctrine de Julien. Sans doute, dans la deuxième hypothèse qu'il prévoit, le maître n'a pas retenu son droit sur les objets concédés et ceux-ci pourtant ne deviennent pas communs. Mais il n'en est ainsi qu'en raison d'une impossibilité juridique. La concession, en effet, porte sur des *nomina* qui ne sont pas transmissibles comme de simples *res corporales* ⁽⁹⁾. En un mot, tout objet acquis *peculii nomine* par un *servus communis* ou à lui concédé normalement par un de ses maîtres (c'est-à-dire sans retenue de propriété) devient commun, à moins qu'il n'y ait à cela une impossibilité juridique tenant à la nature même des objets concédés (par exemple lorsque ce sont des *nomina*).

Section Deuxième : Le régime de l'action de peculio en cas de communauté du pécule.

I. — Le pécule commun du *servus communis* constitue, au point de vue de l'action *de peculio*, une seule

(8) Insérée au même fr. 16 D. 15-1. M. Beseler, Z. S. S. f. R. t. 50, 1930, p. 56, considère comme une paraphrase même l'annotation de Marcellus. Il signale l'omission de *peculium* après *ademerit*; le sens douteux de *omni modo*. *Peculium* pouvait être sous-entendu par Marcellus. Quant aux mots *omni modo*, ils se comprennent aisément. Marcellus nous dit que le pécule ne sera pas commun, quelle que soit la forme de la concession, lorsque celle-ci portera sur des *nomina*.

(9) V. en ce sens Hasse, Archiv. f. civ. Prax., t. 5, p. 27-28; Mandry, *Peculium duplicis juris*, p. 387; Familieng., t. 2, p. 66; Naber, *op. cit.*, p. 284.

et même masse. Dans l'action intentée contre l'un des maîtres on tenait compte de l'*universum peculium* ⁽¹⁰⁾,

(10) V. frs. 27, § 8; 28; 37, § 2; 51 D. 15-1, cf. 8, § 4; 25 D. 10-3. Il s'agit ici d'une action *in universum peculium* en ce sens que le défendeur à cette action peut être condamné, non seulement dans la mesure de sa part de pécule, mais encore dans celle de ses *socii*. Cela est généralement admis par les auteurs. Karlowa (*op. cit.*, t. 2, p. 1148) comprend cependant les choses de tout autre manière. À son avis, même lorsque le pécule était commun, chacun des maîtres ne pouvait être condamné au delà de sa part de pécule, mais il pouvait être poursuivi pour la totalité de la dette, tandis qu'en cas de *peculia separata* il ne devait répondre que de la part de dette le concernant (V. en sens contraire principalement Solazzi, Bull., t. 17, p. 211). Cette interprétation est inadmissible en présence des affirmations très nettes des jurisconsultes. Dans plusieurs textes, ceux-ci assignent comme limite à la condamnation de chaque *socius* (le pécule étant commun) l'*universum peculium* : ainsi Julien au fr. 37, § 2 D. 15-1 (« *Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam hujus peculii rationem* »), Gaius au fr. 27, § 8 h. t. (« *nec hujus dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et ejus quod apud alterum* »), Scævola au fr. 51 h. t. (« *Si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum* »). Nous verrons, en outre, que, même en cas de *peculia separata*, chaque *socius* pouvait être poursuivi pour la totalité de la dette du *servus communis*.

Toutefois, les jurisconsultes semblent avoir employé, à l'occasion de notre action et pour la caractériser, l'expression : *convenire de peculio in solidum* (v. frs. 8, § 4 D. 10-3; 11, § 9; 15 D. 15-1). Cette expression vise techniquement, non une action *in universum peculium*, mais une action intentée pour la totalité de la créance et c'est bien avec ce sens qu'elle est employée par Julien au fr. 27, § 3 D. 15-1 et par Gaius au § 8 de ce même fragment (V. Solazzi, *op. cit.*, p. 213; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 242, n. 2; Beseler, Z. S. S f R, t. 50, 1930, p. 51). Sans doute, tout *socius* pouvait être poursuivi *in solidum creditum*, mais ce n'était pas là le trait caractéristique de l'action intentée en cas de communauté du pécule. Pour M. Levy (*op. cit.*, p. 58 suiv., 246), *agere* et *convenire* avaient parfois le sens d'agir efficacement (« *erfolgreich klagen* ») ; relativement au cas de communauté du pécule, l'expression *convenire de peculio in solidum* ne serait pas employée par les jurisconsultes avec une signification technique, elle viserait l'action *in universum peculium* (sur toute la question v. Levy, *op. cit.* p. 241 suiv.). En fait, dans les frs. 15; 11, § 9 D. 15-1 et 8, § 4 D. 10-3, les mots : *convenire in solidum* ne peuvent faire allusion qu'à une action *in universum peculium*. Nous lisons à la fin du fr. 15 : « ... *idem dicetur interdum et in sociis, si forte separata apud se peculia habeant, ut alter alterius peculii nomine non conveniatur : ceterum si commune sit peculium, et in solidum convenientur et deducetur quod utrique debetur* ». Les mots *ut alter alterius peculii nomine non conveniatur* nous montrent de quelle façon on doit entendre : « *et in solidum convenientur* ». *Convenire in solidum* a ici le sens de *convenire utriusque peculii nomine*, c'est-à-dire *in universum peculium*. Au fr. 11, § 9 D. 15-1, *in solidum alteruter convenientur* ne peut pas avoir un sens différent (v. en dernier lieu Beseler, *op. cit.*, p. 55). Enfin, au fr. 8,

et le *socius* poursuivi pouvait opposer en déduction, non seulement ce qui lui était dû par l'esclave, mais encore ce que celui-ci devait à ses co-associés (11).

II. — Cette action *in universum peculium*, si avantageuse pour le créancier, est admise dans l'hypothèse que nous envisageons, en considération de la possibilité pour les associés de se faire indemniser les uns par les autres au moyen des actions *communi divi-*

§ 4 D. 10-3, *in solidum de peculio conventus et damnatus* est synonyme de : *in universum peculium conventus et damnatus*, comme cela résulte de la fin du texte : « *est cum socio communi dividundo actio, ut partem peculii consequatur* ».

On peut se demander si vraiment les jurisconsultes classiques se sont exprimés de cette manière et si ce ne sont pas plutôt les compilateurs qui ont introduit dans nos textes l'expression *convenire in solidum* avec cette signification impropre et non technique.

Il est possible que les passages, où nous trouvons cette expression ainsi employée, soient des interpolations explicatives ou complétatives. Au fr. 15 D. 15-1, la phrase : *ceterum etc.* est peut-être une addition byzantine, destinée à préciser et à compléter la pensée d'Ulpien. Le jurisconsulte, qui nous avait déjà indiqué ce qui se passait en cas de communauté du pécule, pouvait se dispenser de cette précision (V. les indices, d'ailleurs non certains, d'interpolation signalés par M. Beseler, Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 55).

Peut-être également faut-il supprimer au fr. 11, § 9 D. 15-1 les mots : *in solidum alteruter convenitur* et lire ainsi ce texte, avec M. Beseler (*op. cit.*, p. 51) : « ... *nam qua ratione, <inquit, is qui> [...] convenitur <deducere potest quod sibi debetur>, pari ratione deducere eum oportet quod alteri debetur : quæ sententia recepta est* ».

Enfin, au fr. 8, § 4 D. 10-3 (Paulus *lib. 23 ad edictum*), Paul pouvait sous-entendre une poursuite *in universum peculium*, comme il le fait au fr. 15 h. t., les compilateurs pour éviter toute équivoque, auront ajouté devant *conventus* les mots : *in solidum* (en ce qui concerne la teneur primitive de ce texte, v. *infra*, note 45. — C'est à tort que M. Beseler, *op. cit.*, p. 49, efface au fr. 15 D. 10-3 les mots : *et condemnatus* et ajoute devant *conventus* : *in solidum de peculio*).

(11) Cela résulte des frs. 11, § 9 D. 15-1; 15 h. t. (directement ou a contrario suivant qu'on adopte ou non les rectifications de M. Beseler, v. note précédente) et par un raisonnement a contrario du fr. 13 h. t...

La déduction *in solidum* est une conséquence inévitable de l'action *in universum peculium*. Du moment qu'on liquide tout le pécule en faveur d'un créancier, il faut bien tenir compte des dettes privilégiées des maîtres, dettes qui doivent être soldées, ou au moins garanties par une retenue, avant toute condamnation.

dundo et *pro socio* ⁽¹²⁾. Sans le secours de ces *judicia*, la condamnation d'un *socius* au delà de sa part de pécule serait injuste et contraire au principe de l'action *de peculio*; aussi les jurisconsultes prescrivent-ils de ne tenir compte de la part de pécule des maîtres non poursuivis que lorsqu'un recours est possible contre ceux-ci et seulement dans la mesure de ce recours ⁽¹³⁾.

(12) V. ainsi : 1° Julien au fr. 37, § 2 D. 15-1 : « ... *Dixi, si cum Sempronio ageretur, numquam rationem ejus peculii, quod apud me esset, haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod prætstitisset consequi posset* ». (Sur ce texte v. *supra*, p. 295 n. 4).

2° Gaius au fr. 27, § 8 h. t. : « ... *nec hujus duntaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum, cum quo agitur, is servus haberet, sed et ejus quod apud alterum : nec tamen res damnosa futura est ei, qui condemnatur, cum possit rursus ipse judicia societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit, a socio sociisve suis consequi* ». Des doutes ont été élevés contre l'authenticité de cette partie du fragment par MM. Grupe (Zur Sprache der gaianischen Digestenfragmente dans Z. S. S. f. R., t. 17 (1896), p. 319) et Beseler (Beiträge, t. 3, p. 64; t. 4, p. 277 *suiv.*; Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 56). V. en sens contraire Kalb, Jagd, p. 27 et Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 240, n. 8 et 251 n. 7. M. Grupe trouve suspecte la phrase : *nec hujus... alterum*, à cause du mot *duntaxat* qui, dit-il, n'était pas ordinairement employé par Gaius. Nous ne le trouverions que dans le Comm. 1, §§ 151, 152, 153 accompagné de *semel* ou de *bis* et à l'occasion de formules solennelles. L'argument est, en lui-même, de faible valeur. Ce mot est assez couramment employé par les jurisconsultes et il appartient à un excellent latin. Mais, surtout la formule employée par Gaius (*duntaxat de peculio condemnari*) est celle dont se servait le préteur lui-même. (V. Lenel, Edit, t. 1, p. 321, Edictum Perpetuum, p. 276); c'est une expression technique que Gaius devait naturellement employer. M. Beseler propose actuellement (Z. S. S. f. R., t. 50, p. 56) de lire ainsi ce passage : « *nec hujus duntaxat peculii rationem haberi <debere Julianus putavit> [debet], quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et ejus quod apud alterum, nec <ea> [tamen] res damno [sa] futura est ei qui conventur [condamnetur], cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio [sociisve suis] consequi* ». Ces rectifications, qui d'ailleurs ne s'imposent pas, ne modifient pas le sens général du passage.

3° Scaevola au fr. 51 h. t. : « ... *quod enim dicitur, si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum* ».

4° Paul au fr. 8, § 4 D. 10-3 : « *Item si unus in solidum de peculio conventus et damnatus sit, est cum socio communi dividundo actio, ut partem peculii consequatur* ».

(13) Ainsi Julien, au fr. 28 D. 15-1, décide que, si un des associés est décédé sans héritier ni *bonorum possessor*, l'autre maître ne pourra être condamné que dans la mesure de ce qu'il pourra

Pour assurer plus complètement la protection du défendeur à cette action, ou autorise celui-ci à exercer son recours dès qu'il est condamné et avant toute exécution de la sentence (14).

Sous quelles conditions ce recours est-il juridiquement possible ? Est-il subordonné à la communauté de l'esclave ou à celle du pécule ou à la communauté des deux ?

La communauté du pécule était, nous le verrons (15), une des conditions de l'existence de ce recours entre *socii*. Mais il fallait, en outre, que l'esclave soit ou ait été la propriété commune des copropriétaires du pé-

recouvrer sur les biens du défunt (toutefois, selon M. Beseler, ce texte serait interpolé et Julien aurait affirmé au contraire la responsabilité du *socius* survivant pour la totalité du pécule commun, v. Z. S. S. f. R., t. 50, p. 57).

(14) V. fr. 15 D. 10-3 (où M. Beseler supprime à tort les mots : *et antequam prestat*, v. Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 49) cf. fr. 8, § 4 et 9 h. t... Le *socius* poursuivi a le droit de se libérer en faisant cession de *res peculiares* (frs. 9 D. 10-3 et 51 D. 15-1), comme s'il était le maître unique de l'esclave; en effet, il est traité comme tel, dans l'action *in universum peculium*, vis-à-vis des tiers.

M. Beseler a soutenu l'interpolation des deux textes, où il est fait allusion à une semblable cession de la part d'un *socius*. Au fr. 9 D. 10-3, il supprime le passage qui y est relatif (Beiträge, t. 3, p. 74; t. 4, p. 69; Z. S. S. f. R., t. 50, p. 48), mais sans présenter d'arguments décisifs. Il signale simplement comme surprenant le mot *putavit*, alors que, à son avis, Africain corrigeait ici la doctrine de Julien. En réalité, il n'y a aucune divergence d'opinions entre Julien et Africain, v. *infra*, p. 397. M. Beseler (Beiträge, t. 2, p. 119; t. 3, p. 183-184) retient pour presque totalement interpolé le fr. 51 D. 15-1; mais v. en sens contraire : Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 242, n. 3.

On a soutenu que Scaevola, au fr. 51 D. 15-1, visait la cession par le *socius* poursuivi de sa créance en recours contre ses autres *socii* (en ce sens : Solazzi, Bull., t. 17, p. 211, n. 5; Schulz, Z. S. S. f. R., t. 27, p. 130 suiv.). M. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 242, n. 3, pense, au contraire, qu'il s'agissait simplement de la cession d'une créance appartenant au pécule. Cette interprétation nous semble meilleure. En effet, avant d'en venir à l'hypothèse d'une action *in universum peculium*, le jurisconsulte nous dit que le maître poursuivi de *peculio* peut éviter la condamnation en faisant cession de *nomina peculiaria*. La cession de créances par un *socius*, ensuite envisagée, semble produire le même effet. Il s'agit donc d'une cession faite avant la condamnation et pour l'éviter. Mais avant la condamnation la créance en recours n'existe pas encore.

(15) V. *infra*, p. 396 suiv.

cule ⁽¹⁶⁾. En effet, dans l'action de *peculio annalis* dirigée contre l'un des héritiers du maître, l'esclave étant décédé ou affranchi *vivo domino* ou encore légué à des tiers ou affranchi par testament, on ne tenait compte que de la part de pécule revenant au défendeur ⁽¹⁷⁾. Julien et Ulpien en décidaient ainsi ⁽¹⁸⁾. Or, ces deux jurisconsultes, qui s'efforcèrent encore ici d'assurer l'« unicité » du pécule, auraient sans doute autorisé l'action *in universum peculium*, si celle-ci avait été admissible. Ce qui en interdisait l'exercice, c'était, en l'absence de toute communauté sur l'esclave, l'impossibilité dans laquelle se trouvait le défendeur, de réclamer aux autres héritiers *quod amplius sua portione solverit* ⁽¹⁹⁾. Même le *judicium familiæ erciscundæ* ne lui permettait pas d'atteindre ce but. En effet, les hé-

(16) V. en ce sens : Buckland, *op. cit.*, p. 231; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 249.

(17) Frs. 14; 29 pr.; 32 pr. D. 15-1; cf. fr. 30, § 1 h. t.

(18) Frs 14 et 32 pr. (cf. 30, § 1), D. 15-1.

(19) Cf. fr. 14 D. 14-3 (v. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 250, n. 2). Lorsque les héritiers succédaient en même temps à la *potestas* sur l'esclave et à la propriété sur le pécule, une action *in universum peculium* pouvait être intentée contre l'un quelconque d'entre eux (v. en ce sens, Buckland et Levy, *l. c.*).

Au fr. 30, § 1 D. 15-1, Ulpien semble ne faire aucune distinction suivant qu'il s'agit de l'action de *peculio* ordinaire ou de l'action *annalis*. Il nous dit : « *Si cum ex parte herede domini vel patris agatur, duntaxat de peculio condemnandum quod apud eum heredem sit qui convenitur* ». (Cf. sur ce texte Beseler, Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 94; t. 50 (1930) p. 59). Mais le jurisconsulte visait, en réalité, l'action *annalis de peculio* : cela résulte de la liaison de ce texte avec le paragraphe 2 (v. en ce sens Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 251, n. 4). Dans tous les autres textes, où il est dit que chaque héritier ne peut être tenu que *duntaxat de peculio quod apud eum sit*, il résulte clairement de la situation de fait, qu'il s'agit uniquement de l'action *annalis* (l'esclave étant légué affranchi, décédé *vivo testatore*). Les héritiers, qui avaient hérité à la fois de l'esclave et de son pécule, pouvaient exercer les uns contre les autres un recours en cas de condamnation *in universum peculium*. Ils pouvaient certainement intenter dans ce but les actions *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ*. On doit l'admettre, malgré l'absence de renseignements précis. Nous savons, en effet, qu'un recours existe chaque fois que les *socii* sont copropriétaires à la fois de l'esclave et de son pécule.

ritiers, qui n'ont succédé qu'au pécule, peuvent intenter les uns contre les autres l'action *de peculio* ⁽²⁰⁾; or, cette action n'était accordée aux différents maîtres d'un même esclave qu'en l'absence des actions *communi dividundo* et *pro socio* ou de tout recours analogue ⁽²¹⁾.

III. — Si l'action *in universum peculium* est rendue possible par la double communauté de l'esclave et de son pécule elle n'en est cependant pas une conséquence nécessaire ⁽²²⁾. Il eut été de toute façon plus logique et même plus juridique de limiter la condamnation de chaque *socius* à sa part sur le pécule, puisque c'est dans cette mesure seulement que celui-ci doit, en définitive, supporter la charge des dettes de l'esclave.

(20) V. fr. 29 D. 15-1 (Gaius *lib. 9 ad ed. prov.*). Il n'y a aucune contradiction entre ce fr. et les fr. 54 et 58 h. t. de Scaevola. Dans ces deux derniers textes, comme l'indique exactement M. Levy (*op. cit.*, t. 1, p. 250, n. 3) Scaevola refuse aux cohéritiers la faculté d'intenter les uns contre les autres l'action *de peculio*, parce que, dans le cas spécial, par lui envisagé, ceux-ci ont à leur disposition, pour des raisons ne tenant pas à la communauté de l'esclave ou du pécule, le *judicium familiæ erciscundæ*. (V. pour des interprétations différentes les auteurs cités par M. Levy, *l. c.*).

(21) V. fr. 20 D. 15-1.

(22) Une explication très ingénieuse; mais, à notre sens, inexacte, de cette action *in universum peculium* a été présentée par M. Beseler (Beiträge, t. 4, p. 279 suiv.). L'action en recours du *socius* poursuivi, pense M. Beseler, appartient au pécule, parce que née à son occasion, mais sans être commune. Lorsque le juge condamnera le *socius peculio tenus*, conformément aux prescriptions de la formule, il considérera comme pécule la part du pécule commun lui revenant, plus son droit de recours. Le *socius* fera immédiatement ademption du droit de recours tombé dans le pécule de l'esclave mais sans être commun et pourra agir contre l'autre copropriétaire. Cette explication ne peut pas être admise pour deux raisons. 1° Le droit de recours ne tombe pas dans le pécule. Il reste personnel au *socius* poursuivi et condamné. D'ailleurs, s'il tombait dans le pécule, parce que né en raison de celui-ci, il ne pourrait pas constituer un nouveau pécule propre, lui aussi deviendrait commun et il y aurait confusion pour moitié. 2° Le droit de recours ne naît que lorsqu'une condamnation est prononcée

C'est à Julien qu'il faut attribuer la paternité de cette action *in universum peculium* ⁽²³⁾. En effet, les textes qui la mentionnent ou en précisent les conditions d'exercice, ou bien sont extraits d'ouvrages de Julien, ou bien contiennent des citations de ce jurisconsulte ⁽²⁴⁾. En outre, Julien paraît s'être spécialement occupé d'en délimiter le domaine d'application ⁽²⁵⁾, ce qui se comprend aisément si elle est son œuvre, mais cette délimitation aurait dû être faite par ses prédécesseurs, dans le cas contraire.

Les anciens jurisconsultes n'admettaient pas et ne pouvaient pas admettre la condamnation d'un *socius in universum peculium*.

L'action *in universum peculium*, telle que la conçoit Julien, implique la responsabilité éventuelle de chaque *socius* pour la totalité de la dette. En effet, lorsque la dette ne dépassait pas la quote-part de pécule appartenant au défendeur, elle demeurait définitivement à la charge de celui-ci ⁽²⁶⁾. La conception que l'on se

et seulement lorsque le défendeur est condamné pour une somme dépassant sa part de pécule. M. Beseler prévoit cette dernière objection. Il reconnaît que le recours, avant la condamnation, n'était que conditionnel, mais les Romains, à son avis, pouvaient facilement méconnaître cela lorsqu'ils envisageaient l'étendue que le juge à l'action *de peculio* devait attribuer au pécule. C'est avoir une trop mauvaise opinion des jurisconsultes romains.

(23) V. en ce sens : Boulard, *Salvius Julianus*, p. 288 suiv.; Solazzi, *Bull.*, t. 17, p. 211.

(24) V. frs. 25 D. 10-3 (cf. 9 h. t.); 11, § 9; 12; 13; 27, § 8 D. 15-1.

(25) V. fr. 16 D. 15-1.

(26) Selon M. Beseler (*Beiträge*, t. 4, p. 279), le *socius* condamné pouvait réclamer à ses co-associés tout ce qu'il avait payé, non seulement au delà de sa part du pécule, mais au delà de sa part de la dette. L'auteur pense, en effet, que, si le pécule étant par exemple de 100, un des deux maîtres avait payé 80, ce dernier pouvait réclamer 40 à l'autre *socius*. A notre avis, dans l'exemple choisi, le recours du *socius* condamné ne pouvait porter que sur 30. Le système supposé par M. Beseler est, sans doute, plus juste, au moins en apparence, que celui, selon nous, réellement suivi par

faisait primitivement de la responsabilité du *paterfamilias*, vis-à-vis de l'action *de peculio*, s'opposait à un pareil résultat. Anciennement la dette du pécule était dette personnelle du *paterfamilias*. Celui-ci, en effet, était censé s'être engagé, par la *concessio peculii*, à exécuter *peculio tenus* les contrats du *subjectus* qu'il avait gratifié. Lorsque le pécule était commun, les dettes contractuelles de l'esclave se rapportaient autant à une partie du pécule qu'à l'autre et les maîtres *socii* pouvaient tous être censés les avoir prises à leur charge. L'action *de peculio* ne différait pas alors, quant à son fondement juridique, des autres actions adjectices. Or, celles-ci, avant Julien ou peu avant lui, se divisaient nécessairement en cas de pluralité de préposants (27). Il en devait être de même en ce qui

Julien; mais il était inapplicable pratiquement. Supposons que, dans l'exemple choisi, le *socius* poursuivi soit créancier du *servus communis* pour une somme de 20; la part de pécule appartenant à ce *socius*, vis-à-vis de l'action *de peculio*, ne vaudra que 30 : sur les 80 payés, 50 devront nécessairement rester à la charge de l'autre *socius*, bien que sa part de dette (si on avait calculé ainsi) ne soit que de 40. En outre, nous verrons que l'action *de peculio* pouvait être intentée *in solidum* contre l'un de plusieurs maîtres, même lorsque ceux-ci n'avaient entre eux aucun recours. Julien lui-même nous laisse entendre que le recours entre *socii* portait uniquement sur la somme dépassant la valeur de la part de pécule du défendeur. Il nous dit, en effet, au fr. 37, § 2 D. 15-1 : « *Dixi, si cum Sempronio ageretur, nunquam rationem ejus peculii, quod apud me esset, haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam is quod præstitisset consequi posset* ». Sans doute, M. Beseler efface comme étant interpolée la phrase *quia*. L'explication qu'elle fournit est, pour M. Beseler, inexacte, parce que dans l'hypothèse envisagée par Julien, le défendeur avait à sa disposition l'action *empti*. Mais nous verrons qu'en réalité l'action *empti* ne pouvait jouer vis-à-vis de l'acheteur et du vendeur le même rôle que l'action *communi dividundo* à l'égard des *socii*.

(27) En ce sens v. Levy Konk., t. 1, p. 240 (*contra* Beseler, Beitrage, t. 4, p. 278 suiv.). V. fr. 13, § 2 D. 14-3, cf. fr. 1, § 25 et 2 D. 14-1. C'est uniquement un motif d'équité qui justifie l'exercice de l'action *institoria* ou *exercitoria in solidum* contre l'un parmi plusieurs préposants. La décision, rendue en ces termes par Ulpien au fr. 1, § 25 D. 14-1 : « *Si plures navem exerceant, cum quolibet*

concerne l'action *de peculio*, le pécule étant commun. C'est cette ancienne doctrine que vise Gaius quand il nous dit, au fr. 27, § 8, h. t., sans doute sous l'inspiration de Julien : « *Si quis cum servo duorum pluriumve* ⁽²⁸⁾ *contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri...* » ⁽²⁹⁾.

eorum in solidum agi potest », était déjà justifiée ainsi par Gaius (fr. 2 h. t.) : « *Ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* ». La division forcée de l'action était plus conforme aux principes généraux du droit romain, comme le montre fort bien M. Levy (l. c.). M. Beseler (l. c.) qui considère à tort le fr. 2 D. 14-1 comme une interpolation, soutient que la raison juridique de cette action *in solidum* est évidente. La préposition, dit-il, est un *jussus* général; or, le *jussus* couvre une affaire ou complètement, ou pas du tout; personne ne peut consentir un traité seulement *pro parte indivisa*. Mais les textes qu'ils invoquent en ce sens sont loin d'être convaincants. Il cite d'abord le fr. 5, § 1 D. 15-4 : « *Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur : sed si duo jusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus* ». Paul fait ici allusion aux actions *exercitoria* et *institoria*. Relativement à celles-ci, la question n'est plus contestée depuis Julien. Ce texte nous montre quelle était l'opinion de Paul, non quelle était celle des anciens juristes, et il ne nous fait pas connaître le motif de la décision. L'argument que M. Beseler veut déduire du fr. 3 pr. D. 14-4 est encore moins bon, car, ici, Ulpien se croit obligé de faire appel à l'autorité de Julien, d'où l'on peut conclure que, également dans la matière de l'action *tributoria*, ce jurisconsulte a modifié les règles suivies avant lui. Le fr. 13, § 2, dans la partie que M. Beseler ne tient pas pour interpolée, nous révèle, d'une façon non douteuse, l'existence d'une controverse relativement à l'exercice d'une action *institoria in solidum* contre un seul de plusieurs préposants.

(28) *Pluriumve* est supprimé par M. Beseler (Beiträge, t. 3, p. 64, t. 4, p. 277).

(29) Les mots qui suivent : *est enim iniquum in plures adversarios distringi eum qui cum uno contraxerit*, sont interpolés (v. en ce sens : Beseler, Beiträge, t. 3, p. 64-65; t. 4, p. 277 suiv.; Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 56 et Guarneri-Citati, Annali Palermo, t. 9, p. 136 n. 3; en sens contraire Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 240, n. 8). On comprendrait que Gaius justifie de cette manière l'exercice d'une action *de peculio in universum peculium*. L'action *in universum peculium* n'est pas une conséquence nécessaire de la communauté de l'esclave et du pécule; il serait alors assez naturel que Gaius, qui ne considère pas le pécule comme un attribut de la personne en puissance, ait fait uniquement appel à une raison d'équité. Mais il s'agit, dans notre texte, de justifier l'exercice d'une action *de peculio in solidum creditum*, or, celle-ci est une conséquence logique de la conception que se font Julien et les jurisconsultes postérieurs de l'obligation adjectice du *paterfamilias*. Il est inadmissible que Gaius ait cru nécessaire de faire appel à une raison d'équité pour justifier l'exercice d'une action

Il n'est pas question ici d'une action *in universum peculium* ; par *experiri in solidum*, Gaius vise une action portant sur la totalité de la créance, tel est d'ailleurs le sens technique de l'expression. S'il en était autrement ce début du paragraphe ferait double emploi avec ce qui suit ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾.

Relativement à l'action *institoria*, la faculté pour le créancier d'agir *in solidum* contre un parmi plusieurs préposants était encore contestée au temps de Julien. Ce jurisconsulte a tranché la question. « *Si duo pluresve tabernam exerceant*, nous dit Ulpien au fr. 13, § 2, D. 14-3, *et servum, quem ex disparibus partibus habebunt, institorem præposuerint, utrum pro domi-*

de peculio in solidum creditum contre l'un de plusieurs maîtres.

Nous trouvons chez Gaius, au fr. 2 D. 14-1, la même explication présentée dans une forme à peu près identique, relativement à l'exercice de l'action *exercitoria in solidum* contre un de plusieurs préposants : « *Ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* ». L'explication est bonne en ce qui concerne l'action *exercitoria*, non en ce qui concerne l'action *de peculio*. Nous savons, en effet, que, primitivement, cette action (comme l'action *institoria*) se divisait contre les différents maîtres ; chacun de ceux-ci n'était tenu que pour sa part. Aucune transformation ne s'est produite dans la nature de l'obligation du préposant. Si on permet au créancier d'agir *in solidum* ce n'est que pour une raison d'opportunité. On comprend aisément l'intérêt que les jurisconsultes avaient à ménager les tiers. Eux, qui s'efforcent d'accroître le crédit des personnes en puissance, ne pouvaient pas dire au créancier de celui qui avait été préposé par plusieurs : tu n'as qu'à t'en prendre à toi-même, il ne fallait pas traiter avec un pareil *magister navis*. Mais, l'explication ne vaut rien en ce qui concerne l'action *de peculio*. Si elle nous donne une raison, d'ailleurs inutile, de l'unité des poursuites, elle ne nous indique pas pourquoi la dette peut rester entièrement à la charge d'un *socius*. C'est l'apparente analogie des hypothèses qui a trompé les Compilateurs. Ceux-ci ont cru que Gaius justifiait de même l'action *de peculio in solidum* contre un *socius* et l'action *exercitoria in solidum* contre un de plusieurs préposants. Pour compléter sa pensée, ils ont introduit au fr. 27, § 8, cette phrase, qui la déforme : « *est enim etc.* », construite sur le modèle du fr. 2 D. 14-1.

(30) « *Nec hujus duntaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et ejus quod apud alterum* ».

(31) Gaius, à la différence d'autres jurisconsultes, admet un *minus interdere* dans l'action *de peculio*, aussi permet-il au créancier d'agir *in solidum* ; mais il ne le lui impose pas.

nicis partibus teneantur an pro æqualibus ⁽³²⁾ *an pro portione mercis an vero in solidum, Julianus quærit. Et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis* ⁽³³⁾ *in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is præstiterit qui conventus est, societatis judicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus* ». Julien permet d'agir *in solidum* par une action adjectice quelconque contre l'un de plusieurs *socii*. Mais, en ce qui concerne l'action *de peculio*, et dans l'esprit de Julien, une raison particulière devait s'opposer à la division forcée de l'action. Le texte que nous venons de citer montre combien pour Julien la responsabilité du *paterfamilias* était différente, quant à sa nature, vis-à-vis de l'action *de peculio* et des autres. Chaque préposant, bien que passible d'une action *exercitoria* ou *institoria in solidum*, n'est définitivement tenu que dans la mesure de sa quote-part; s'il est condamné pour le tout, il aura un recours contre ses *socii* pour le surplus. Le *socius* condamné *de peculio* aura un recours, non s'il a payé une somme dépassant sa quote-part de la dette, mais, si, étant poursuivi *in universum peculium*, il a payé une somme supérieure à la valeur de la part lui revenant du pécule.

Julien abandonne l'ancienne doctrine, aux termes de laquelle le *paterfamilias* était tenu *de peculio* en

(32) Les mots : *an pro æqualibus* sont peut-être interpolés. V. en ce sens Beseler, Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 49.

(33) Les mots : *et de peculio actionis* sont probablement interpolés (V. en ce sens Beseler, *op. cit.*, p. 49; cf. Beiträge, t. 4, p. 279). Etant donné la différence qui existe entre l'obligation du préposant et celle du défendeur à l'action *de peculio*, Julien ne pouvait guère invoquer l'exemple de cette dernière action.

raison d'une sorte de *jussus*. Pour lui, le *paterfamilias* est tenu à l'égard des créanciers du pécule, non pas en vertu d'un acte de sa volonté, mais par le simple fait que le *subjectus* est débiteur et tient en pécule des biens dont lui, *paterfamilias*, est propriétaire. Jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens, il est tenu pour la totalité de la créance, qu'il soit ou non le seul maître de l'esclave, quelle que soit la date du contrat. C'est en vertu de cette conception que Julien admettait l'exercice d'une action *de peculio ex ante gesto* ⁽³⁴⁾ ; c'est également à cause d'elle qu'il s'oppose à la division forcée de l'action *de peculio*.

Mais tout cela nous explique seulement pourquoi Julien permet d'agir *de peculio in solidum (creditum)* contre l'un des *socii*. Nous ignorons encore la raison qui l'a poussé à ériger une action *in universum peculium* et à faire ainsi l'unité du pécule commun du *servus communis*. Julien aurait pu simplement autoriser le créancier à agir *in solidum* contre un *socius*, celui-ci n'étant condamné que dans la mesure de sa quote-part du pécule. La *contestatio litis* aurait entraîné alors extinction totale du droit du demandeur ⁽³⁵⁾ qui aurait pu ne pas être complètement satisfait. La conception que se fait Julien de l'obligation adjectice du *paterfamilias* vis-à-vis de l'action *de peculio* permettait sans doute d'aller plus loin, mais n'y contraignait pas. Or, Julien livre tout le pécule au créancier, et au lieu d'employer dans ce but les moyens de fortune (division volontaire de l'action,

(34) V. *supra*, p. 296 suiv.

(35) V. *infra*, p. 406 suiv.

restitution *in integrum*), auxquels certains jurisconsultes et lui-même faisaient appel dans d'autres hypothèses, il profite de ce qu'un recours existe entre *socii* pour ériger une action *in universum peculium*.

Tout ce système n'est-il pas un à côté de la transformation du pécule en *patrimonium servi filivæ* ?

C'est en vertu de cette nouvelle conception du pécule que Marcellus et les jurisconsultes postérieurs consacrent l'unité de celui-ci, dans les autres hypothèses où le pécule est également soumis à un droit multiple. Marcellus nous dit ainsi au fr. 19, § 1, D.15-1 : « *eum enim qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum* ». Nous trouvons des formules analogues chez Paul (fr. 47, § 6, h. t. : « *quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur, ubicumque esset* ») et chez Ulpien (fr. 32 pr. h. t. : « *Nam qui cum servo contrahit, universum peculium ejus quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur* »). Tel devait être également le motif qui les a poussés à adopter entièrement, dans l'hypothèse qui nous occupe, la doctrine de Julien. Le pécule, pour eux, est le patrimoine des esclaves et des fils, il trouve sa force de cohésion, sa raison d'être dans la personnalité même de ces individus ⁽³⁶⁾. Un lien commun unit donc, au moins à certains égards, tous les droits qui le composent, même si ceux-ci se groupent, sous d'autres aspects, en plusieurs universalités distinctes. Comme le patrimoine et parce qu'il a la même nature que lui, le pécule est le gage général des créanciers

(36) V. le chapitre précédent.

de son titulaire; peu importe la pluralité des maîtres:
« *quia quasi patrimonium liberi hominis peculium
servi intelligitur, ubicumque esset* ».

Mais Julien se faisait une autre conception du pécule, lui qui exigeait encore pour sa formation une concession expresse (37). S'il consacre l'unicité du pécule, ce n'est pas parce qu'il le conçoit théoriquement comme le *patrimonium servi*, et, en fait, nous ne trouvons jamais dans ses ouvrages des formules analogues à celles employées par Marcellus, Paul et Ulpien.

Mais notre jurisconsulte, en raison même de sa conception de l'obligation adjectice du *paterfamilias*, vis-à-vis de l'action *de peculio*, pouvait consacrer l'unicité du pécule et il le fait pour des raisons pratiques. Pour que le pécule puisse atteindre le double but social et économique en vue duquel le prêteur lui a donné dans l'édit une investiture juridique, il faut qu'il soit un gage sur lequel les créanciers du *subjectus* puissent compter en toute sécurité. Tel est le motif pour lequel, lorsque cela fut possible juridiquement, on rechercha l'unité du pécule *duplicis juris*. Mais après Marcellus on devait voir dans l'unité de ce pécule une conséquence de la nature primordiale du pécule.

Section Troisième : Le régime de l'action de peculio en cas de peculia separata.

Quel était le régime de l'action *de peculio* lorsque le *servus communis* possédait un pécule non com-

(37) Fr. 1, § 5, D. 41-2.

mun, mais appartenant exclusivement à l'un de ses maîtres, ou lorsqu'il possédait des *peculia separata* ?

I. — La question est envisagée par Ulpien au fr. 15 D. 15-1 (*lib. 29 ad edictum*). Ce texte fait partie d'une dissertation d'Ulpien sur les mots de l'édit : « *dumtaxat de peculio* » (38). Au cours de cette dissertation, le jurisconsulte vient à parler de la *deductio de peculio* dans les différentes hypothèses de *servus plurium*. Il nous dit que chaque *socius* poursuivi de *peculio* peut déduire, non seulement ce qui est dû à lui-même, mais encore ce qui est dû aux autres *socii* (fr. 11, § 9, D. 15-1). Il nous dit ensuite, qu'il en est autrement pour ce qui est de l'acquéreur et du vendeur, de l'usufruitier et du nu-propriétaire, du *dominus* et de l'acheteur de bonne foi (fr. 13 h. t.), et que les deux usufruitiers ou possesseurs de bonne foi d'un esclave ne peuvent déduire que ce qui est dû à eux-mêmes (fr. 15 h. t. première partie du texte). Il ajoute (fr. 15 deuxième partie) : « *Idem dicetur interdum et in sociis, si forte separata apud se peculia habeant, ut alter alterius peculii nomine non conveniatur* ». Ainsi, pour Ulpien, en cas de *peculia separata*, chaque *socius* ne peut être condamné que dans la mesure du pécule lui appartenant et il ne peut déduire que ce qui lui est dû par le *servus communis*, non ce que celui-ci doit aux autres *socii*.

II. — On a cru relever une contradiction entre ce texte d'Ulpien et le fr. 27, § 8, D. 15-1 de Gaius (*lib. 9*

(38) Lenel, *Palingenesia*, Ulpianus, n° 852.

ad edictum provinciale). Gaius, après avoir indiqué que le créancier du *servus communis* pouvait agir *in solidum* (*creditum*) contre l'un ou l'autre des maîtres, ajoute : « *Nec hujus dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum, cum quo agitur is servus haberet, sed et ejus quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo, quod amplius sua portione solverit, a socio sociisque suis consequi. Quod Julianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu solvendo quisque etiam socium ære alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contra esse, quia nec liberare ullo modo ære alieno eum intelligitur* » (39).

On a cru que Gaius et Julien permettaient d'agir contre un *socius in universum peculium*, même en cas de *peculia separata*, ou si l'on veut, permettaient de condamner le *socius* défendeur dans la mesure du pécule appartenant exclusivement à l'autre maître.

En partant de cette interprétation du fr. 27, § 8, M. Naber (40) et, bien avant lui, Keller (41) ont soutenu qu'il y avait, dans la matière qui nous occupe, divergence d'opinions entre Ulpien d'une part, Julien et Gaius de l'autre. Selon M. Naber, en principe, ce qui autorisait l'action *in universum peculium*, c'était la communauté de l'esclave, non celle du pécule; Ulpien

(39) L'interpolation des mots « *Quod Julianus... fuit peculium* », « *eo casu* », « *at si... eum intelligitur* » soutenue par M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 56) ne nous paraît pas établie.

(40) *Observatiunculæ de jure romano*, Mnemosyne, Bibliotheca Philologica. Batava, t. 37 (1909), p. 281 suiv.

(41) *Litis Contestatio und Urtheil*, p. 550 suiv.

le premier aurait exigé, en outre, que le pécule soit commun. Keller donnait de ce désaccord entre les jurisconsultes l'explication suivante : Julien et Gaius, à la différence des autres jurisconsultes, notamment d'Ulpien, ne permettaient pas l'exercice successif d'une même action *de peculio* contre les différents maîtres d'un esclave, *resciso superiore iudicio*; mais, désirant eux aussi élargir le plus possible le gage des créanciers, ils autorisaient ces derniers à agir contre un seul maître *in universum peculium* dans tous les cas.

Une théorie différente vient d'être soutenue par M. Ein⁽⁴²⁾. L'auteur, qui croit lui aussi le fr. 15 en contradiction avec le fr. 27, § 8, mais qui ne veut pas admettre une divergence d'opinions entre Ulpien, Julien et Gaius, tranche la question en déclarant le fr. 15 interpolé depuis : *idem dicetur*⁽⁴³⁾. Les jurisconsultes, à son avis, ne faisaient aucune distinction suivant que les objets du pécule étaient communs ou apparte-

(42) *Le azioni dei Condomini* (Bull., t. 39, 1931, p. 272 suiv.).

(43) M. Beseler a contesté également l'authenticité de ce texte (v. Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 55). M. Beseler fait partir l'interpolation seulement depuis : *ut alter etc.* Il suppose que les compilateurs ont remplacé, par les mots : *ut alter... utriusque debetur*, une proposition commençant par : *velut si*. La phrase : *ceterum...*, comprise dans le passage effacé par M. Beseler, peut fort bien être une addition byzantine. Mais nous croyons qu'il faut conserver tout ce qui précède. Nous repousserons au texte l'argument que M. Ein déduit de la contradiction, qui existe, à son avis, entre le fr. 15 et le fr. 27, § 8. M. Beseler soutient que les mots : *ut alter alterius peculii nomine non conveniatur* n'ont pas de sens. Chaque *socius*, dit-il, ne peut être poursuivi que *eius peculii nomine quod servus apud eum habet*, bien que régulièrement on tienne compte du pécule *quod servus apud alterum habet*. Mais, dans l'action intentée contre un *socius* (le pécule étant commun), le *peculium* visé dans la *condemnatio* est *l'universum peculium*. En s'exprimant comme il le fait, Ulpien veut simplement nous dire que l'on ne pourra pas intenter contre un des maîtres une action *de peculio* dans laquelle on ait à tenir compte même du pécule *quod servus apud alterum habet*.

naient, les uns à un maître, les autres à un autre. Ils se seraient uniquement demandé si, lorsque le *servus communis* n'avait un pécule qu'auprès d'un seul de ses maîtres, l'autre maître pouvait être condamné dans la mesure de ce pécule, déduction faite des dettes envers tous les maîtres ⁽⁴⁴⁾. M. Ein soutient également que les jurisconsultes répondaient à cette question affirmativement. Il invoque en ce sens, outre la partie finale du fr. 27, § 8, le passage suivant, à première vue énigmatique, de Julien (fr. 12 D. 15-1 *Julianus lib. 12 Digestorum*) : « *Quia hoc casu etiam cum eo agi potest, penes quem peculium non est* ».

III. — Nous repoussons ces diverses théories, pour adopter celle ordinairement admise par les auteurs, et aux termes de laquelle les jurisconsultes classiques, même Julien et Gaius, n'autorisaient l'exercice d'une action *in universum peculium* que lorsque les objets

(44) Selon M. Ein, les jurisconsultes pouvaient considérer comme un *peculium commune*, celui formé par des apports de tous les maîtres, alors même que les éléments qui composeraient ce pécule ne seraient pas communs; autrement dit, plusieurs *peculia separata* constitueraient un *peculium commune*. Dans ces conditions, on pouvait seulement opposer au cas de *peculium commune* celui où le pécule est propre à un seul des maîtres. Et en fait, remarque M. Ein, nous ne trouvons dans les textes que des exemples de *peculium quod ad alterum ex dominis solum pertinet* (fr. 7, § 1 et fr. 16, D. 15-1).

En réalité, les jurisconsultes traitaient différemment l'action de *peculio* en cas de *peculium commune* et en cas de *peculia separata*; et c'était précisément, comme nous le verrons, l'existence ou la non existence d'un droit de copropriété sur les *res peculiares* qui motivait cette différence de traitement. On comprend aisément pourquoi les jurisconsultes se sont occupés seulement de préciser quand le pécule appartient à un seul des maîtres. De la réponse faite à cette question (fr. 16) : quand le pécule concédé ne devient-il pas commun ? découle nécessairement la réponse à cette question : quand il y a-t-il *peculia separata* ? Il y aura *peculia separata* quand l'un et l'autre des maîtres auront retenu l'exclusive propriété des objets qu'ils ont concédés ou auront concédé des *nomina*.

du pécule étaient communs. C'est dans ce cas seulement, en effet, qu'ils admettaient un recours entre *socii* relativement à une condamnation *de peculio*.

A. — Nous savons que, lorsqu'un *socius* avait été condamné *in universum peculium*, il pouvait exercer un recours contre les autres copropriétaires au moyen du *judicium communi dividundo*. Si l'action en partage qui permet ce recours entre *socii* avait eu pour objet, non seulement le pécule, dans le cas où celui-ci est commun, mais encore l'esclave lui-même, le recours eût été possible même en cas de *peculia separata*. Au contraire, si ce *judicium communi dividundo* avait seulement pour objet le pécule de l'esclave il est évident qu'il ne pouvait porter que sur les *res peculiares* dans l'indivision. Peut-on raisonnablement concevoir une action en partage de *peculia separata*, c'est-à-dire d'objets qui ne sont pas à partager parce que non dans l'indivision ?

Or, ce *judicium communi dividundo* portait, non sur l'esclave, mais sur son pécule. Paul nous le dit clairement au fr. 8, § 4, D. 10-3 (*lib. 23 ad edictum*) : « *Item si unus in solidum de peculio conventus et damnatus sit, est cum socio communi dividundo actio, UT PARTEM PECULII CONSEQUATUR* » (45). Et précisément, parce que le pécule, objet du partage, peut perdre de

(45) M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 48) corrige ainsi ce texte : « *Item si unus in solidum de peculio conventus sit, est cum socio communi dividundo actio, ut partem ejus consequatur, quod condemnatus solverit* ». Les rectifications apportées à ce texte seraient admissibles si l'action *communi dividundo* permettait au *socius* condamné de réclamer, non seulement ce qu'il avait payé au delà de sa part du pécule, mais encore ce qu'il avait payé au delà de sa part de la dette. Or, il n'en était rien. Peut-être, par contre, doit-on effacer les mots *in solidum*, la condamnation *in universum peculium* étant sous-entendue. V. *supra*, note 10.

sa valeur ou disparaître, Paul permettait au *socius* d'exercer son recours par le *judicium communi dividundo*, dès qu'il était condamné et avant toute exécution (46).

Julien et Africain, eux aussi, faisaient porter cette action en partage sur le pécule et ils se sont demandé si le *socius* condamné n'était pas privé de tout recours lorsque les *res peculiares* avaient péri. Ils donnaient, croyons-nous, dans ce cas, au *socius* condamné, un *utile judicium communi dividundo*.

Africain nous dit au fr. 9 D. 10-3 (*lib. 7 quæstionum*) : « *Sed postquam socius servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiares intercidant, nihilo minus utile erit judicium communi dividundo ad recuperandam partem pecuniæ : alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum ejus qui judicium acceperit pertineat, cum utriusque domini periculum in rebus peculiari-bus esse debeat...* » (47). L'action que donne Africain est une action utile et le mot *nihilominus*, qui pourrait faire entendre *utile* avec le sens d'efficace, a été après coup introduit dans notre texte. Le *judicium communi*

(46) Fr. 15 D. 10-3 Paulus *lib. 5 ad Plautium. V. supra*, note 10.

(47) La phrase : *Alioquin... debeat* est considérée comme une interpolation par MM. Kunkel (Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 275, n. 3), Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 48), Lenel (Z. S. S. f. R., t. 51, 1931, p. 29). M. Beseler (l. c.) remplace avec raison le mot *esset* incorrect par *est* (cf. Lenel l. c.). Mais c'est à tort, croyons-nous, qu'il remplace *damnatus* par *conventus*. Africain ne pouvait ici envisager que la perte des *res peculiares* survenue postérieurement à la condamnation du *socius*. C'est dans ce cas seulement, en effet, qu'il importait de venir en aide à celui-ci, au moyen d'un *utile judicium communi dividundo*. Après *pecuniæ*, M. Beseler ajoute : *quam condemnatus solverit*. Cette précision ne s'imposerait que si on devait lire au début du texte *conventus* au lieu de *damnatus*. Nous soutiendrons au texte l'interpolation des mots : *apud socium* (également admise par M. Beseler, l. c.; en sens contraire Ein, *op. cit.*, p. 275 n. 1) et *nihilominus*.

dividundo, qui est une action en partage, ne peut être exercé que lorsqu'il y a quelque chose à partager. Ici, il a pour objet la répartition des *res peculiares*; après la perte de celles-ci, le *judicium* ne peut être que *utile*. On doit également effacer les mots: *apud socium*, qui pourraient sembler viser une hypothèse de *peculia separata*. Les *peculia separata*, nous le répétons, ne peuvent pas faire l'objet d'un partage. Le *socius* qui aurait été condamné dans la mesure du pécule propre à l'autre *socius*, n'aurait pas, par cela même, acquis sur ce pécule un droit de copropriété justifiant l'exercice de l'action *communi dividundo*. Sans doute, le *judicium*, que donne Africain, est un *utile judicium*; mais il en est ainsi, non parce que l'objet du partage n'est pas dans l'indivision, mais parce qu'il a péri (*si res peculiares intercidant*).

Le texte de Julien est le suivant (fr. 25 D. 10-3 — *Julianus lib. 12 digestorum*) : « *Si Stichus communis meus et tuus servus habuerit Pamphilum vicarium [aureorum decem] <sestertium decem milia⁽⁴⁸⁾> et mecum actum de peculio fuerit condemnatusque decem prætitero: quamvis postea Pamphilus decesserit, nihilo minus actione communi dividundo vel pro socio quinque milia præstare debebis, quia te hoc ære alieno liberavi...* » ⁽⁴⁹⁾ Pour les raisons que nous avons

(48) Lenel, *Palingenesia*, t. 1, p. 350, n. 3.

(49) La phrase suspecte : *longe magis etc.* qui suit la partie du texte que nous avons citée, est probablement une addition byzantine; v. en ce sens : Beseler, *Z. S. S. f. R.*, t. 50, 1930, p. 49. Par contre, les mots *aureorum decem* purement et simplement effacés par M. Beseler, *l. c.*, doivent être remplacés par : *sestertium decem milia*. Julien permettait au *socius* condamné de réclamer aux autres *socii*, non ce qu'il avait payé au delà de sa part de la dette, mais ce qu'il avait payé au delà de sa part du pécule.

déjà fait valoir à l'occasion du texte d'Africain, le *judicium communi dividundo* ne peut être donné, après le décès du vicaire, qu'à titre d'action utile. Aussi, proposons-nous de lire ainsi le texte de Julien : « ...*nilominus utili actione communi dividundo quinque milia præstare debebis...* » .

Pour Julien, l'action *communi dividundo*, par le moyen de laquelle s'exerce le recours entre *socii*, porte sur le pécule commun.

Etant donné que les *socii* n'ont un recours par le *judicium communi dividundo* qu'en cas de communauté du pécule, nous devons nécessairement supposer que celle-ci conditionnait également l'exercice, dans ce but, de l'action *pro socio*.

Quelles que soient les raisons plus spéciales que Julien pouvait avoir pour autoriser l'action *in universum peculium* en cas de *peculia separata*, il ne pouvait cependant pas le faire, puisque, même pour lui, le recours entre *socii* faisait, dans ce cas, défaut. Julien d'ailleurs, dans le livre 12 de ses *digesta*, livre où il traite de l'action *in universum peculium*, prend grand soin de distinguer les cas de *peculium commune* et de *peculia separata* ⁽⁵⁰⁾. C'est, sans doute, en vue de notre action qu'il fait cette distinction et parce que l'action *in universum peculium* était possible seulement dans l'un de ces cas.

B. — Les fr. 15 d'Ulpien et 27, § 8, de Gaius énoncent-ils des doctrines contraires ?

Dans la première partie du fr. 27, § 8, jusqu'à : *quod*

(50) Fr. 16 D. 15-1.

Julianus, rien ne peut laisser supposer que le jurisconsulte ne se soit pas placé dans l'hypothèse de *peculium commune*. Gaius, certes, ne dit rien à ce sujet. Mais la communauté du pécule est la règle et le jurisconsulte, qui se plaçait à un point de vue général, devait envisager l'hypothèse normale ⁽⁵¹⁾. Les mots « *nec hujus dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et ejus quod apud alterum* » ne visent pas des *peculia separata*. Le jurisconsulte pouvait entendre, par *peculium quod apud eum est*, la part indivise du pécule appartenant au *socius* ; et c'est ce sens qu'il donnait réellement à cette expression, comme le montre la suite du texte : ...*quod amplius sua portione solverit. Portio* signifie *pars peculii*. Le pécule *quod apud eum est*, est la *portio*, la *pars peculii* ⁽⁵²⁾.

C'est surtout sur la partie finale du texte que s'appuyent les théories que nous repoussons. Julien, d'après Gaius, nous dit que le *socius* ne pourra exercer son recours, que si *apud alierum quoque fuit peculium* ; qu'il n'aura aucun recours si *nullum apud alterum sit peculium*.

Julien envisageait-il le cas où le pécule appartenait exclusivement au *socius* condamné ? Si oui, ce texte montre que Julien et Gaius, qui le cite, permettaient l'action *in universum peculium*, même quand le pé-

(51) V. en ce sens Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 249, n. 1.

(52) V. en ce sens Solazzi, Bull., t. 17, p. 214, n. 2. V. en sens contraire Ein (*op. cit.*, p. 283, n. 1), selon lequel *portio* désignerait la somme en deniers correspondant au pécule propre au défendeur. Nous croyons que si Gaius avait voulu désigner le pécule propre au défendeur, il aurait employé le mot *peculium*, non le mot *portio*.

cule n'était pas commun. Mais *nullum esse peculium* ne vise pas nécessairement l'inexistence du pécule. On peut prendre cette expression comme synonyme de *peculium in quo nihil est*, plus spécialement l'entendre comme désignant un pécule couvert par les déductions du maître ⁽⁵³⁾. C'est ce dernier sens seulement que peut avoir ici l'expression.

Lorsque l'esclave n'a un pécule qu'auprès du *socius* condamné, il est bien évident que celui-ci n'a aucun recours contre les autres *socii*.

Si vraiment Julien et Gaius ne voulaient pas nous dire autre chose, la remarque finale du fr. 27, § 8, serait à la fois bien naïve et bien inutile.

On comprend mieux la précision de Julien si on suppose que le jurisconsulte prévoyait le cas où le *socius* non poursuivi pouvait, lorsque l'autre maître était condamné *de peculio*, opérer des déductions épuisant la valeur de sa quote-part du pécule. En effet, pour fixer le montant de la condamnation dans l'action *in universum peculium*, on évaluait, d'une part, tout le pécule, d'autre part, la masse de ce qui était dû par l'esclave à chacun de ses maîtres. C'est seulement lorsque le *socius* condamné exerçait son recours, que l'on établissait la valeur de chaque portion du pé-

(53) M. Naber, *l. c.* oppose *nullum esse peculium* à *nihil esse in peculio*. La première expression viserait l'absence de pécule, la seconde un pécule dont la valeur est réduite à néant par les déductions du maître. Cette opposition n'est pas exacte, *nihil esse in peculio* et *nullum esse peculium* paraissent avoir été employés parfois avec les mêmes sens. L'expression *nihil esse in peculio* désigne, nous l'avons déjà dit, ou un pécule existant *sine ullo corpore* ou un pécule couvert par les déductions du maître. *Nullum esse peculium* désigne, au fr. 38 pr. D. 15-1, un pécule privé de *res peculiares*, au fr. 17 D. 40-7, un pécule couvert par les déductions du maître.

cule, déduction faite des dettes envers le maître auquel elle appartenait. Le recours n'était admissible que si le *socius* condamné avait libéré l'autre d'une dette. Cela on ne pouvait le savoir qu'en évaluant le compte de chaque portion du pécule, non pas à l'époque où le recours était exercé, mais en se reportant au moment où la condamnation *de peculio* avait été prononcée, puisqu'il se pouvait qu'entre temps le pécule ait subi des fluctuations plus ou moins importantes. Julien et Gaius ne nous disent pas autre chose, quand ils précisent que le *socius* condamné aura un recours si *apud alterum quoque fuit peculium*.

C. — Reste à étudier le fr. 12 h. t. de Julien : « *quia hoc casu etiam cum eo agi potest, penes quem peculium non est* ». Par sa place dans la compilation, ce texte paraît relatif à l'exercice de l'action *de peculio* contre un des copropriétaires de l'esclave. Il fait suite au § 9 du fr. 11 d'Ulpien, paragraphe relatif à l'action *in universum peculium* ⁽⁵⁴⁾. M. Ein pense que Julien, après avoir exposé le principe de la déduction et de l'action *in solidum* en cas de *socii*, permettait au créancier d'agir même contre celui des maîtres auquel

(54) Ce fr. 12 D. 15-1, jugé inexplicable par M. Solazzi (Studi Moriani, p. 138) est déclaré mal placé dans la compilation par plusieurs auteurs (v. Lenel, Palingenesia, t. 1, p. 349, n. 31, Julianus, n° 496; Naber, *op. cit.*, p. 282; Beseler, Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 55). Selon M. Naber, ce texte avait trait à l'exercice de l'action *annalis* contre celui qui avait vendu un esclave *cum peculio*. M. Naber pense, en effet, que Julien déclarait le vendeur passible de l'action *annalis de peculio*, même lorsque l'esclave avait été vendu *cum peculio* et sans stipulation d'un prix spécial. Mais rien ne permet de croire que Julien suivait une semblable règle. Celle-ci, en elle-même injuste, est incompatible avec la conception que se fait Julien de la responsabilité du *paterfamilias* en matière d'action *de peculio*. Le fr. 12 avait bien trait croyons-nous au cas de *socii*. (V. en ce sens également Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 247, n. 2; 251, n. 8.)

le pécule n'appartenait pas ⁽⁵⁵⁾. Cela amenait cette question de Julien, consignée au fr. 16 h. t. : « *Quis ergo casus est, quo peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat ?* » Contre cette interprétation nous ferons valoir, tout d'abord, que Julien faisait dépendre le recours entre *socii* de la communauté du pécule. La décision que M. Ein attribue à Julien serait d'ailleurs défavorable au créancier, elle aurait permis de déduire du pécule, propre à un *socius*, ce qui était dû aux autres *socii*. Nous croyons que Julien se plaçait ici dans l'hypothèse inverse de celle envisagée au fr. 27, § 8. Il nous disait simplement qu'on pouvait agir contre n'importe lequel des *socii*, en cas de communauté du pécule, même si la part de pécule lui revenant était épuisée par les déductions, ainsi nulle à l'égard des tiers. A quelle occasion Julien faisait-il cette remarque ? quelle était exactement la place de cette phrase au livre 12 des *digesta* de Julien ? Ce sont là des questions auxquelles la brièveté du fragment ne permet pas de répondre avec certitude. Julien pouvait fort bien opposer l'une à l'autre l'hypothèse où la part du pécule commun revenant à un *socius* est épuisée par les déductions et celle où

(55) M. Ein (*op. cit.*, p. 288, n. 2) croit trouver une explication de cette règle dans le fr. 37, § 2 D. 15-1 de Julien (*lib. 12 digest.*) Julien suppose ici qu'il a vendu à un nommé Sempronius sa part sur un esclave, qu'il possédait en commun avec Titius. La vente a eu lieu *sine peculio* et le jurisconsulte envisage le cas où une action *de peculio* est intentée contre Sempronius. L'action pense M. Ein peut être intentée contre Sempronius, bien que celui-ci n'ait pas concédé de pécule, parce que l'esclave a un pécule auprès de son co-associé Titius. Sans doute, Julien ne nous dit pas si Sempronius a fait ou non une concession de pécule. Mais Julien n'avait pas à envisager sous quelles conditions il était possible d'agir contre Sempronius. On ne peut rien déduire du silence de Julien sur ce point.

le pécule appartient exclusivement à un maître. Dans ce dernier cas, on ne peut pas agir contre celui des maîtres auquel n'appartient pas le pécule. Dans le premier cas, au contraire, on peut agir contre un *socius*, même si sa part sur le pécule commun est épuisée par les déductions, de sorte que, relativement à la condamnation *de peculio*, c'est comme si l'esclave n'avait pas de pécule auprès de lui (*hoc casu etiam cum eo agi potest penes quem peculium non est*).

IV. — Les jurisconsultes se sont relativement peu occupés des hypothèses exceptionnelles, où le *servus communis* possédait des *peculia separata*; et nous ne pouvons que conjecturer, en l'absence d'indications précises, les règles qu'ils suivaient en cette matière.

Anciennement, le créancier ne devait pouvoir agir que contre celui des maîtres auquel se rapportait la *causa debendi*. Cette règle, qui est encore suivie par Pomponius au cas du *servus fructuarius* (56), découle assez naturellement de la conception que se faisaient les premiers jurisconsultes de la responsabilité du maître en matière d'action *de peculio*. Julien et les jurisconsultes postérieurs durent, ici encore, permettre au créancier d'atteindre l'*universum peculium*. Ils employèrent certainement pour cela les moyens auxquels ils recouraient ordinairement lorsque l'action *in universum peculium* n'était pas possible, à savoir : pour les uns (Julien et Gaius), la division volontaire de l'action, pour les autres (Marcellus, Papinien, Paul,

(56) V. paragraphe suivant, section 2, numéro 1.

Ulpien), la restitution de l'action contre les différents maîtres de l'esclave ⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾.

§ II. — L'UNICITÉ DU PÉCULE DANS LES HYPOTHÈSES OÙ
L'ESCLAVE APPARTIENT SIMULTANÉMENT A PLUSIEURS MAÎTRES NON « SOCII ».

SECTION PREMIÈRE : *La formule de l'action de peculio. — L'exercice successif de cette action contre les différents maîtres du servus plurium rescisso superiore iudicio.*

I. Moyens par lesquels on pouvait consacrer à l'égard des tiers l'unité des pécules du *servus plurium*. — Importance en la matière de la rédaction de la formule. — II. La formule de l'action de *peculio*. — Exactitude de la théorie de Keller reprise et défendue par M. Lenel. — L'exercice successif de l'action de *peculio* pour une même dette contre des maîtres différents n'est possible que grâce à une restitution *in integrum*. — III. Le témoignage des textes du Digeste. — Controverses auxquelles ces textes ont donné lieu. — IV. Le fragment de Strasbourg confirme la théorie de Keller et de M. Lenel et témoigne de l'emploi, à l'époque classique, de l'*in integrum restitutio* contre l'effet extinctif de la *contestatio litis* avec un des maîtres de l'esclave. — V. L'authenticité des règles énoncées dans le parchemin de Strasbourg.

SECTION DEUXIÈME : *Cas du servus fructuarius et cas assimilés.*

I. La doctrine de Pomponius (fr. 2 D. 15-1). Les pécules que l'esclave tient de l'usufruitier et du nu-propriétaire, constituent des universalités juridiques complètement distinctes ayant leur passif propre. C'est la doctrine anciennement suivie. — II. La doctrine de Marcellus (fr. 19, § 1 D. 15-1). Responsabilité de l'usufruitier et du nu-propriétaire *ex omni contractu*. Exercice successif de l'action de *peculio, rescisso superiore iudicio* contre les deux maîtres du *servus fructuarius*. Limite consentie par Marcellus : celui des maîtres *ad quem res non respicit* n'est que subsidiairement tenu. L'authenticité de la partie du fr. 19, § 1 D. 15-1 où Ulpien expose l'opinion de Marcellus. — III. La seconde *sententia* de Marcellus est adoptée par Ulpien et Papinien (fr. 19, § 1 D. 15-1).

(57) Les jurisconsultes de ce second groupe devaient, sans doute, également obliger le créancier à agir d'abord contre celui des maîtres auquel se rapportait le contrat de l'esclave.

(58) Vraisemblablement les copropriétaires de l'esclave pouvaient, en cas de *peculia separata*, exercer les uns contre les autres l'action de *peculio*.

— Authenticité de cette partie du texte. — Comparaison avec le fr. 50, § 3 D. 15-1). — IV. La doctrine attribuée à Julien au fr. 37, § 3 D. 15-1 : Julien aurait, lui aussi, permis l'exercice de l'action de *peculio*, *resciso superiore judicio*. Interpolation de ce texte. — La doctrine vraisemblablement suivie par Julien (fragment de Strasbourg; fr. 32 pr.; 14; 27, § 3 D. 15-1) : Julien ne se servait pas de l'*in integrum restitutio*, mais permettait au créancier de diviser sa créance et d'agir simultanément contre les deux maîtres de l'esclave. — V. Exercice de l'action de *peculio* entre usufruitier et nu-propiétaire. La doctrine de Julien et d'Ulpien (fr. 37, § 3 et 19, § 2 D. 15-1) : les dettes envers l'un des maîtres, pouvant donner lieu à l'action de *peculio* contre l'autre maître, frappent l'*universum peculium*, l'action de *peculio* ne peut être intentée que dans la mesure où la dette n'est pas couverte par la partie de pécule appartenant au maître demandeur. — Dettes en vertu desquelles l'usufruitier pouvait agir de *peculio* contre le nu-propiétaire (divergence d'opinions entre Julien et Papinien, fr. 37, § 3 D. 15-1 et 118 D. 45-1). — VI. Cas où l'esclave sert un possesseur de bonne foi, deux usufruitiers ou possesseurs de bonne foi.

SECTION TROISIÈME : *Cas du servus dotalis*.

I. La doctrine ancienne : les *res peculiares* dotales et les *res peculiares* non dotales constituent l'actif de deux pécules complètement distincts, ayant leur passif propre. — II. La doctrine de Marcellus et d'Ulpien (fr. 19, § 1 D. 15-1). La dette frappe l'*universum peculium* et l'action de *peculio*, intentée contre le mari, porte sur tout le pécule. Mais, au moment de la restitution de la dot, on tient compte de la *causa debendi*. La dette, en définitive, ne porte que subsidiairement sur la partie du pécule à laquelle ne se réfère pas la *causa debendi*.

Section Première : *La formule de l'action de peculio*.

— *L'exercice successif de cette action contre les différents maîtres du servus plurium, rescisso superiore judicio*.

I. — L'esclave comme toute autre *res corporalis* pouvait être l'objet d'un droit de propriété démembre. Il pouvait ainsi lui arriver d'être soumis à un nu-propiétaire et à un ou plusieurs usufruitiers. Il pouvait être au pouvoir d'un ou plusieurs possesseurs de

bonne foi. Il pouvait enfin faire partie d'une dot ⁽¹⁾. Le plus souvent, dans ces hypothèses, les éléments actifs de son pécule appartenaient à des maîtres différents ou étaient les uns dotaux, les autres la propriété définitive du mari.

Les jurisconsultes durent, ici encore, à partir d'une certaine époque, chercher à réaliser l'unité de ce pécule *duplicis juris*. Mais la chose n'était pas facile et ils se heurtèrent à plusieurs obstacles.

Ce n'est que dans le cas du *servus dotalis* qu'ils purent accorder aux créanciers une action *in universum peculium*; dans tous les autres, l'absence d'un recours entre les maîtres le leur interdisait.

Pour que les tiers puissent se faire payer sur tout le pécule de leur débiteur, il fallait, à défaut de l'action *in universum peculium*, qu'il leur soit loisible d'agir contre tous les maîtres. On pouvait, dans ce but, les autoriser à diviser leur action, ou encore à agir successivement contre chaque maître jusqu'à épuisement de leur créance ou des pécules. Ce dernier procédé, seul admis par certains jurisconsultes, était de beaucoup le plus avantageux pour le créancier. En effet, le créancier avait-il le droit de diviser sa créance à sa guise, il ne pouvait le faire qu'au hasard, ne sachant pas quelle sera la valeur de chaque portion du pécule *rei judicandæ tempore*. Mais, désirait-on se servir du second procédé, une grave difficulté surgissait alors.

(1) L'esclave dotal, à l'époque classique, n'appartient qu'à un seul maître, le mari. Nous étudierons cependant le cas du *servus dotalis* avec tous ceux où l'esclave appartient simultanément à plusieurs maîtres non *socii*, car le pécule du *servus dotalis* pouvait être également soumis à un droit multiple.

Le créancier n'avait-il pas déduit son droit dans la première action ? L'effet extinctif de la *litis contestatio* n'était-il pas un obstacle insurmontable au renouvellement de la même action *de peculio* ?

Tout dépend, en réalité, de la formule de notre action. La difficulté n'existerait pas si l'*intentio* en était rédigée au nom du *paterfamilias* lui-même, car l'effet extinctif de la *contestatio litis* serait limité à la valeur de la prestation que le défendeur doit fournir, c'est-à-dire à la valeur du pécule *quod penes eum erit*; ou encore, si une prescription *pro actore* ou une *demonstratio præscriptionis loco* limitait la demande au pécule du défendeur tel qu'il sera *rei judicandæ tempore*. Enfin, l'obstacle serait facile à écarter, si, notre action étant toujours rédigée *in factum*, il suffisait, pour rendre efficaces de nouvelles poursuites, de ne pas insérer l'exception *rei judicatæ*, soulevée par le défendeur au deuxième procès, ou de la paralyser par une *replicatio doli*.

II. — Quelle était la formule de l'action *de peculio* ?

Ce fut là l'objet de vives controverses, dans le détail desquelles nous ne pouvons pas entrer ici. Nous nous contenterons d'exposer la théorie qui nous paraît la seule plausible. Ces controverses présentent d'ailleurs peu d'intérêt depuis les travaux remarquables de M. Lenel et la reconstitution par l'éminent romaniste du texte exact des *disputationes* d'Ulpien contenu au fr. 32 D. 15-1; texte qui, selon nous, tranche définitivement la question.

La théorie que nous adoptons est celle soutenue, il

y a longtemps déjà, par Keller, vivement défendue par M. Lenel, et à laquelle se rallient actuellement la majorité des auteurs ⁽²⁾.

Selon Keller, l'*intentio* de l'action de *peculio* était rédigée au nom de l'*alieni juris* lui-même et indiquait le montant intégral de la créance. Le nom du *paterfamilias* de même que les différentes clauses de *peculio*, de *in rem verso*, *si quid dolo malo*, n'étaient insérées que dans la *condemnatio* ⁽³⁾. L'*intentio* était celle de

(2) Keller, *Litis Contestatio und Urtheil*, p. 422 suiv. : De la procédure civile et des actions chez les Romains, p. 133 suiv., 234, 271 suiv. ; Bekkers Jahrb., t. 3, p. 169 suiv.

En faveur de la rédaction de Keller v. : Krüger, Z. S. S. f. R., t. 4, p. 108 suiv. ; Lenel, Edit Perpétuel, t. 1, p. 324 suiv. ; *Edictum Perpetuum*, p. 264 suiv. ; Ferrini, *Archivio Giuridico*, t. 64, 1900, p. 78 suiv. ; Z. S. S. f. R., t. 21 (1900), p. 19 suiv. ; Erman, *Servus vicarius*, p. 498 suiv. ; cf. les articles de M. Erman dans Z. S. S. f. R., t. 19 (1898), p. 331 suiv. ; 20 (1899), p. 243 suiv. et dans les Mélanges Charles Appleton ; Solazzi, v. les articles de cet auteur dans Bullettino, t. 17 (1905), p. 208 suiv. ; 18 (1906) p. 229 suiv. ; t. 20 (1908) p. 5 suiv. et dans les Studi Senesi, t. 23, p. 115 suiv. ; Riccobono, Bullettino, t. 18 (1906), p. 216 suiv. ; Buckland, t. R. L. of Slavery, p. 706 suiv. ; Gradenwitz, Z. S. S. f. R., t. 27 (1906), p. 228 suiv. (avec quelques modifications touchant la fiction de liberté) ; Levy, Konkurrenz, t. 1, p. 151 ; Studi Bonfante, t. 2, p. 277 suiv. ; Bonfante, Istit., p. 134 ; Beseler, Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 95 ; cf. t. 50 (1930), p. 46 ; Girard, Manuel, p. 703, n. 2 ; Levet, Perrot, Fliniaux, Textes et documents de droit romain, p. 223. En sens différents v. : pour une rédaction *in jus*, mais différente de celle proposée par Keller : Bekker, Aktionen, t. 2, p. 333 ; Karlowa, R. R., t. 2, p. 114 suiv. ; Dietzel, Bekkers Jahrb., t. 2, p. 414 ; Beseler, Beiträge, t. 3, p. 39 ; Collinet, R. H. de droit, 1928, p. 96 ; en faveur d'une rédaction *in factum* de la formule : Mandry, Familiengüterrecht, t. 2, p. 259 suiv. ; Brinz, Pand., t. 2, p. 203 suiv. ; Pokrowsky, Z. S. S. f. R., t. 16, 1895, p. 33 suiv. ; t. 20, 1899, p. 115 suiv.

(3) On pouvait cependant se demander, en présence du papyrus oxyrhynque de Gaius (2103) si, dans l'*intentio* de la formule de l'action de *peculio* et de *in rem verso*, il n'était pas fait mention de l'existence possible d'un pécule et de l'éventualité d'un *in rem domini versum* (V. Collinet, R. H. de droit, 1928, p. 94 suiv.). En effet, si, comme le suppose M. Collinet, les lignes 60 et 61 de ce papyrus étaient à lire ainsi : « (ligne 60)... r [præto]r dat actio[n]em (ligne 61) de *peculio* et de *in rem verso* quæ concip[itur] his verbis », il serait assez naturel de considérer, avec l'éminent professeur, les mots *aut rem* de la ligne 65 comme appartenant encore à l'*intentio* de la formule rapportée par Gaius. Ces mots appartiendraient à la partie de l'*intentio* relative à l'*in rem versum*. Mais il semble que le texte de Gaius doive être différemment restitué (V. Levy, Zum Gaius von Oxyrhynchus dans Studi Bonfante, t. 2, p. 277 suiv.) ; v. également le premier article de M. Levy sur

l'action, qui pourrait être dirigée, en pareil cas, contre l'esclave, s'il était libre, ou le fils, avec parfois l'insertion de fictions, notamment d'une fiction : *si liber esset*, lorsque le contractant était un esclave (4). L'action pouvait donc être *in jus concepta*, et, le cas échéant, constituer un *judicium legitimum*. Dans ce dernier cas, l'action était éteinte *ipso jure* au moment de la *litis contestatio* et elle ne pouvait être à nouveau intentée contre d'autres maîtres que grâce à une restitution *in integrum* (5).

III. — Plusieurs textes du livre 15 titre 1 au Digeste impliquaient l'extinction totale du droit du demandeur par l'exercice d'une action *de peculio* contre un seul maître, tandis que les jurisconsultes semblaient remédier à ce résultat fâcheux par la restitution *in integrum*, que l'on pouvait croire sous-entendue dans certains passages (6) et dont il est même fait expressément mention au fr. 47, § 3, h. t.

le papyrus oxyrhynque dans la Z. S. S. f. R., t. 48, 1928, p. 532 suiv. Dans le même sens que M. Levy v. Levet, Perrot, Fliniaux, Textes et Documents de droit romain, Sirey 1931, p. 132-133.

L'argument récemment déduit de la paraphrase de Théophile (IV, 7, 4) contre la rédaction de la formule proposée par M. Lenel (v. Collinet, l. c.) est repoussé par M. Levy dans l'article cité des Studi Bonfante.

(4) M. Lenel reconstitue ainsi, à titre d'exemple, la formule de l'action *depositi de peculio* (Edict., p. 282) : « *Quod A^s A^s apud Stichum, qui in N¹ N¹ potestate est, mensam argenteam deposuit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex jure Quiritium, A^o A^o dare facere oporteret ex fide bona, ejus judex N^m N^m A^o A^o dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N¹ N¹ factum est, quominus peculii esset, vel si quid in rem N¹ N¹ inde versum est, c. s. n. p. a.* ».

(5) Il est certain que la *litis contestatio* avait, encore à l'époque classique, un effet extinctif. Contre l'opinion contraire soutenue par quelques auteurs v. Guarneri-Citati, *Ancora sugli effetti della litis contestatio nel procedimento formulare* dans Bull. ist. dir. romano, t. 34, 1925, p. 163 suiv.; Levet, Bénéfice de compé- tence, p. 165, n. 43.

(6) Frs. 19, § 1 ; 30, § 5 ; 32, pr. D. 15-1.

Mais on pouvait mettre en doute l'authenticité de ces textes (7). M. Ferrini ne voulait pas considérer la rescission de l'action *de peculio* en cas d'insuffisance du pécule du premier défendeur, comme un procédé classique. La restitution *in integrum*, disait-il, ne peut être accordée que dans des hypothèses spéciales, déterminées par le prêteur lui-même et non par de simples jurisconsultes ; or, cette restitution *in integrum* que supposent les différents fragments du livre 15, titre 1, ne s'applique à aucune de ces hypothèses et elle n'est pas non plus autorisée par la *clausula generalis* de l'édit, qui avait trait à quelque *alia causa abstinentiæ* bien justifiée. M. Ferrini ajoutait que cette restitution *in integrum* aurait bien permis au créancier d'agir à nouveau contre d'autres maîtres, mais qu'elle n'aurait pas pu aboutir à un paiement sur tout le pécule, car, la première sentence étant anéantie, le créancier aurait dû rembourser ce qu'il avait reçu du premier défendeur. M. Erman, qui ne concevait pas les mêmes doutes contre la possibilité d'une rescission de l'action *de peculio*, et qui pensait même que ce procédé était admis par Proculus, croyait cependant qu'Ulpien n'osait pas s'en servir ; lui aussi il soutenait l'interpolation du fr. 32 pr. qui semblait impliquer le contraire.

IV. — C'est la partie la plus importante de ce fragment 32 pr., extrait du livre 2 des *disputationes* d'Ulpien, que M. Lenel a reconstituée à l'aide des quelques

(7) De nombreuses interpolations ont été soutenues en cette matière par Lusignani, souvent cité par les auteurs. V. également Ferrini, *l. c.* et Erman, *Z. S. S. f. R.*, t. 20 (1899), p. 243 suiv.

mots lisibles d'un parchemin de la bibliothèque de Strasbourg. Voici le texte proposé par M. Lenel ⁽⁸⁾ :
« *Sed et si duo sint fructuarii vel bonæ fidei possessores, alterum conventum alterum liberare Julianus ait, quamvis non majoris peculii quam penes eum est, condemnari debeat. Sed licet hoc jure contingat, tamen æquitas dictat rescissorium judicium in eos dari qui occasione juris liberantur* » ⁽⁹⁾. On ne peut contester la lecture donnée par M. Lenel du parchemin de Strasbourg, tout au plus peut-on se demander si celui-ci contient bien la copie exacte d'un passage émanant d'Ulpien. A supposer qu'il en soit ainsi, ce texte montre, d'une part, que le créancier, qui n'avait pas divisé son action, perdait tout son droit en agissant contre un seul des maîtres du *servus plurium*, et que, d'autre part, Ulpien était d'avis d'effacer au moyen d'une restitution *in integrum* l'effet extinctif de la *contestatio liti* du premier *judicium*. Nous apprenons en même temps que la restitution *in integrum*, appliquée à un *judicium*, n'en entraînait pas nécessairement l'annulation complète, mais que le prêteur pouvait la faire porter seulement sur un ou plusieurs des effets produits par cette instance ⁽¹⁰⁾.

(8) Z. S. S. f. R., t. 25 (1904).

(9) La partie correspondante du fr. 32 pr. est rédigée ainsi : « *Sed et si plures sint fructuarii vel bonæ fidei possessores, unus conventus cæteros liberat, quamvis non majoris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc jure contingat, tamen æquitas dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur...* ».

(10) Si, dans notre hypothèse, la restitution *in integrum* avait entraîné l'annulation complète de la première instance, elle n'aurait pas eu grande utilité. V. contre l'objection de Ferrini, Solazzi, Bull., t. 17, p. 249. V. pour l'admissibilité, en principe, d'une rescision partielle : Duquesne, *op. cit.*, p. 287 suiv.; également Buckland, *op. cit.*, p. 710. La restitution, dans le cas envisagé, portait uniquement sur l'effet extinctif de la première *contesta-*

Le parchemin de Strasbourg fournit enfin un nouvel argument contre la théorie, selon laquelle l'action de *peculio* aurait toujours été rédigée *in factum*. En effet, le texte semble viser l'extinction *ipso jure* du droit du demandeur et une *restitutio in integrum* proprement dite. Julien d'ailleurs, à la différence d'Ulpien, n'admettait pas la restitution de l'action de *peculio*, et cela semble résulter du fragment de Strasbourg; il se servait, nous le verrons, d'un moins bon procédé, la division de la créance. On ne comprendrait guère les hésitations du juriste, si la restitution avait pu être obtenue toujours au moyen d'une réplique ou encore d'une simple fin de non recevoir opposée à l'exception *rei judicatæ*.

Ulpien envisageait au fr. 32 pr. le cas typique où, l'action de *peculio* constituant un *judicium legitimum*,

tio litis. Tout se passait comme si le créancier, ayant déjà obtenu un paiement partiel, réclamait le surplus en justice. Dans la nouvelle action, le pécule était apprécié, en vertu des principes mêmes de l'action de *peculio*, *rei judicandæ tempore*. On pourrait songer à invoquer en ce sens le fr. 32, § 1 où cette règle paraît très vivement défendue par Ulpien. Mais ce texte est manifestement interpolé : il abonde en locutions byzantines et il ne pouvait venir à l'esprit d'aucun jurisconsulte classique de contester la règle énoncée ici. Ajoutons que la fin du texte contient une erreur grossière (*ad id tempus reducere emptoris quo venditor conventus sit*) : dans le premier procès le pécule a été apprécié, non au moment où les poursuites ont été engagées, mais à celui où la sentence fut rendue.

V. en faveur de l'interpolation de ce texte : Lusignani (Consum. proc., p. 35 n. 33 selon Index Interp.); Erman, Z. S. S. f. R., t. 20 (1899), p. 245; Mélanges Applet., p. 211; Beseler, Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 464; t. 50 (1930), p. 46; en sens contraire : Erman, Z. S. S. f. R., t. 25 (1904), p. 353; cf. Solazzi, Bull., t. 17 (1905), p. 253 suiv., qui admet bien que ce texte ait été l'objet de remaniements, mais croit que sa substance est classique et que la question, ici soulevée, a réellement été débattue à l'époque classique Cf. pour des interpolations partielles : Ferrini, Z. S. S. f. R., t. 21 (1900), p. 194; Archivio Giurid., t. 64 (1900), p. 85; Geib, Krit. Viert., t. 43 (1902), p. 45, qui suppriment : *quæ... fin* et Pampaloni, qui efface les mots : *nobis videtur veritas* (Arch. Giur., t. 55 (1895), p. 517).

le droit du demandeur était éteint *ipso jure* et il prévoyait une restitution *in integrum* proprement dite.

V. — Mais le texte reconstitué du fragment de Strasbourg a été l'objet de diverses critiques.

M. Eisele ⁽¹¹⁾ tend à considérer comme une glose préjustinienne la phrase très importante : « *Sed licet...* ». M. Beseler ⁽¹²⁾, qui s'est tout d'abord prononcé en ce sens ⁽¹³⁾, croyait qu'Ulpien conseillait ici au demandeur de faire insérer dans la formule cette prescription : *ea res agatur, quanta pecunia non major est eo peculio quod rei judicandæ tempore apud N. N. erit* ⁽¹⁴⁾. Cette théorie, que l'auteur d'ailleurs ne défend plus maintenant ⁽¹⁵⁾, est inadmissible. Il n'est fait nulle part mention de cette soi-disant prescription *pro actore* : et, celle-ci semble bien exclue dans notre texte par les mots qui précèdent la phrase incriminée (*alterum conventum alterum liberare Julianus ait, quamvis non majoris peculii quam penes eum est condemnari debeat*) ⁽¹⁶⁾. Actuellement, M. Beseler ⁽¹⁷⁾ considère les *libri Disputationum* d'Ulpien comme une œuvre post-classique. Il estime très vraisemblable dans l'hypothèse considérée au fr. 32 pr. une division du

(11) Z. S. S. f. R., t. 30 (1909), p. 117, n. 3.

(12) Beitrage, t. 2, p. 14; t. 3, p. 39; t. 4, p. 281; Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 453-464.

(13) V. en sens contraire : Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 254, n. 1.

(14) V. Beitrage, t. 3, cité.

(15) V. Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 95 et t. 50 (1930), p. 46.

(16) Cette conjecture de M. Beseler est écartée par M. Levy, *l. c.* M. Levy reprend l'argument de M. Gradenwitz (Z. S. S. f. R., t. 27, p. 249 suiv.), selon lequel cette prescription *pro actore* ne pouvait pas être employée pratiquement parce que le contenu du pécule, au moment de la première condamnation, n'était pas exprimé dans la sentence du juge.

(17) Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 45-46.

pécule en *peculia* distincts, ayant chacun son passif propre.

La conjecture de M. Beseler, concernant l'origine post-classique des *libri Disputationum*, n'est pas fondée (18), et le fragment de Strasbourg donne l'impression d'un texte classique.

L'expression *rescissorium iudicium*, comme le reconnaît M. Eisele lui-même, est plus naturelle de la part d'Ulpien que de celle de juristes du quatrième ou du cinquième siècle. Or, nous retrouvons cette expression dans un autre texte, le fragment 47, § 3, h. t., tandis qu'Ulpien, au fr. 30, § 5, h. t., vise d'une façon non douteuse la rescision de l'action *de peculio*. Supposons-nous que partout nous nous trouvons en présence de gloses préjustiniennes ?

Enfin, une scolie de Stéphane confirme en tous points la doctrine du fragment de Strasbourg (19). On a objecté il est vrai que Stéphane pouvait n'avoir en mains qu'un texte déjà remanié (20). Mais malgré tout, la concordance parfaite qui existe entre le fr. 32 pr. reconstitué et la scolie de Stéphane ne laisse pas de faire impression et de militer en faveur de l'origine classique des doctrines qui y sont contenues. Aucun indice ne justifie les doutes que l'on a conçus contre le fragment de Strasbourg. « *Licet... tamen* » (21) est

(18) L'existence des *libri disputationum* d'Ulpien est en général admise.

(19) Scolie 75 (Basiliques 18, 5, 11, § 8). Zacchariæ, p. 215.

(20) Beseler, Beiträge, t. 4, p. 281.

(21) *Licet... tamen* est une tournure suspecte pour M. Beseler (v. Beiträge, t. 2, p. 14 et t. 3, p. 39). M. Levy, au contraire, estime classique l'usage de *licet tamen*. Gaius, à son avis, s'en servait au § 72 de son Comm. 4. M. Levy croit, en effet, qu'il faut lire à la ligne 54 du papyrus oxyrhynque de Gaius déjà cité : « *lice]t*

une tournure classique, bien qu'on la rencontre parfois dans des textes interpolés.

On a surtout critiqué cette opposition entre le *jus* et l'*æquitas* soulignée par le fragment de Strasbourg : « *Sed licet hoc jure contingat, tamen æquitas dictat...* » (22). Seul pouvait s'exprimer ainsi, a-t-on dit, un juriste pour lequel une opposition entre le *jus* et l'*æquitas* semblait chose anormale ; une semblable idée ne pouvait pas venir à l'esprit d'Ulpien. En réalité, notre jurisconsulte ne s'étonne nullement de ce désaccord entre le *jus* et l'*æquitas* ; s'il le souligne, c'est pour obvier au moyen d'un détour de procédure à une conséquence inique du *jus*. D'ailleurs, comme le montre M. Frese (23), le *jus* et l'*æquitas* sont souvent opposés l'un à l'autre dans les sources.

Beaucoup plus critiquables sont les mots, qui, dans la compilation, suivent immédiatement la partie déchiffrée du fragment de Strasbourg : « *ut magis eos perceptio quam intentio liberet* ». C'est là, à notre avis, une addition des compilateurs (24). Si nous supprimons ces mots, le raisonnement du jurisconsulte semble fort bien conduit. Ulpien, après avoir énoncé

enim » au lieu de « *etsi e]tenim* » comme l'admettait M. Hunt. Or, à cette proposition commençant par *licet enim*, s'oppose, dans le papyrus cité, une autre commençant par : *si quid tamen* (ligne 56). Cf. d'ailleurs § 244 Gaius Com. 2. V. Levy, *Neue Juristenfragmente aus Oxyrhynchos* Z. S. S. f. R., t. 48, 1928, p. 537, 538, 547. « *Licet... tamen* » est employé par les auteurs littéraires latins. Freund (Dictionnaire de la langue latine, t. 2, p. 370) donne, en ce sens, des exemples puisés dans les œuvres de Cicéron, de Pline et de Sénèque.

(22) V. ainsi Beseler, *Beiträge*, t. 4, p. 281 et Pringsheim, Z. S. S. f. R., t. 42 (1921), p. 646. En sens contraire Frese, Z. S. S. f. R., t. 43 (1922), p. 466.

(23) *L. c.*

(24) V. en ce sens Levy, *Konkurrenz*, t. 1, p. 253 et Bonfante selon *Index Interp.* (cf. encore Seckel au mot *perceptio*). L'*index Interp.* cite en sens contraire Betti *eff. est.*, p. 40.

le principe de l'extinction du droit du demandeur par l'exercice d'une seule action, ajoute que l'équité pousse à accorder une action utile contre tous ceux qui ont été libérés *occasione juris*. Pourquoi cela est-il juste ? Ulpien s'explique en empruntant la formule, en vertu de laquelle Marcellus consacrait déjà l'unité du pécule du *servus plurium* : « *eum enim etc...* ». Quiconque contracte avec un esclave considère le pécule de celui-ci comme le *patrimonium servi*. Il doit avoir un droit de gage sur tout ce pécule malgré la pluralité des maîtres ; il serait injuste de tromper la confiance qu'il avait en son débiteur. Ulpien pouvait fort bien nous dire : « *æquitas dictat rescissorium iudicium in eos dari qui occasione juris liberantur* ».

Le fragment de Strasbourg supposé conforme au texte original des *Disputationes*, toutes les difficultés ne sont pas aplanies ; il reste encore à rechercher quelle était l'opinion de Julien touchant la rescision de l'action *de peculio*. Nous examinerons la question à l'occasion du *servus fructuarius*.

Section Deuxième : Cas du servus fructuarius et cas assimilés.

I. — Quels étaient les droits du créancier du *servus fructuarius* ?

La réponse nous est donnée dans des sens différents aux fragments 2, 19, § 1, 37, § 3, D. 15-1. Tandis que Marcellus, Julien, Ulpien et Papinien semblent, d'après les deux derniers de ces textes, autoriser l'exercice successif de l'action *de peculio* contre l'usufruitier et

le nu-propriétaire, Pomponius, au fr. 2⁽²⁵⁾, énonce une règle fort différente. Il nous dit : « *Ex ea causa, ex qua soleret servus fructuarius vel usuarius adquirere, in eum, cujus usufructus, vel usus sit, actio dumtaxat de peculio, ceteræque honorariæ dantur, ex reliquis in dominum proprietatis* ». Pomponius traite les pécules que le *servus fructuarius* tient de l'usufruitier et du nu-propriétaire comme des universalités complètement distinctes, ayant chacune son actif et son passif propre. Il ne peut être question de la restitution de l'action, car l'un seulement des maîtres est tenu.

M. Naber⁽²⁶⁾ croit ce texte interpolé : il efface : « *Ex ea... adquirere* » et : « *ex... proprietatis* ». Le premier membre de phrase supprimé par M. Naber est incontestablement incorrect, mais on peut supposer avec M. Ferrini⁽²⁷⁾ que Pomponius avait écrit *solet ei* au lieu de *soleret*, écrit par erreur dans la compilation⁽²⁸⁾. Egalemeut admissibles sont les rectifications plus importantes que M. Beseler⁽²⁹⁾ apporte à la forme de ce texte : « *Ex ea causa, ex qua sol [er] et servus fructuari <o> [us] vel usurari <o> [us] adquirere, in eum, cujus usus fructus vel usus <est> [sit], actio dumtaxat de peculio...* ». Mais les compilateurs n'ont certainement pas modifié le sens du texte. Dans quel but, en effet, auraient-ils attribué cette doctrine à Pomponius, alors qu'ils nous rapportent ailleurs,

(25) Pomponius *lib. 5 ad Sabinum*.

(26) *Op. cit.*, p. 283.

(27) Cité par Index Interp. ad h. l.

(28) Cf. les rectifications proposées par M. Krüger ad h. l. : « *adquirere ei cujus usus fructus vel usus sit, in eum* ».

(29) Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 41.

dans plusieurs textes, les doctrines fort différentes des autres jurisconsultes, doctrines qu'ils adoptent vraisemblablement.

La divergence profonde, qui existe entre l'opinion de Pomponius et celle des autres jurisconsultes, s'explique aisément.

Pomponius, au fr. 2, s'en tient encore à l'ancienne doctrine. La règle, en elle-même fort logique, qu'il énonce, est une conséquence inévitable de la conception qui voyait dans la *concessio peculii* un *jussus* général. En effet, le *dominus* qui concède un pécule ne peut être censé prendre à sa charge les obligations nées de contrats dont le bénéfice va à d'autres maîtres. Pour déclarer l'usufruitier et le nu-propriétaire tenus *et ex omni contractu* ⁽³⁰⁾, il faut les considérer comme obligés légalement et indépendamment de leur volonté par le fait même que l'esclave a un pécule leur appartenant. Cette idée ne fut accueillie par la plupart des jurisconsultes classiques qu'après la formation de la notion d'*obligatio naturalis*, c'est-à-dire peu avant Pomponius. Si, d'autre part, cette transformation dans la nature juridique de l'obligation adjectice du maître rendait possible l'unité du pécule vis-à-vis des créanciers de l'esclave, elle ne l'imposait pas comme une conséquence nécessaire. Julien paraît être le premier, depuis lors, à avoir recherché l'unité du pécule du *servus plurium*. Or Pomponius ne pouvait pas connaître, à l'époque où il écrivit ses *libri ad Sabinum*, la doctrine de Julien ⁽³¹⁾. Pomponius pouvait donc ai-

(30) Comme le font Marcellus et Ulpien au fr. 19, § 1 D. 15-1.

(31) Les *libri ad Sabinum* de Pomponius, d'où le fr. 2 D. 15-1 est extrait, ont été rédigés avant les *digesta* de Julien (v. Krüger, Sources, p. 231, n. 5).

sément conserver sur ce point la règle anciennement suivie; d'autant plus que celle-ci, sans doute peu favorable aux créanciers, était équitable à l'égard des maîtres. Et, c'est précisément parce qu'il était juste de faire supporter les conséquences fâcheuses de l'acte accompli par le *servus fructuarius* à celui des maîtres qui pouvait en retirer un bénéfice, que la plupart des jurisconsultes postérieurs ne permirent d'assigner l'autre maître que *in superfluum*.

II. — La règle suivie par Pomponius était équitable, mais elle était en même temps contraire au crédit de l'esclave. Elle était, en outre, peu compatible avec la conception du pécule comme le *patrimonium servi*. C'est au nom de cette nouvelle conception que Marcellus consacre l'unité du pécule dans l'hypothèse du *servus fructuarius*. Il déclare au fr. 19, § 1, d'après une citation d'Ulpien ⁽³²⁾, qu'il faut ou bien permettre au créancier du *servus fructuarius vel usuarius* d'agir contre l'un quelconque des maîtres, puis *in superfluum contre l'autre*, ou, au moins, si on lui défend d'assigner à sa guise n'importe lequel des maîtres, l'autoriser à agir *in superfluum* contre celui *ad quem res non respicit*. C'est cette deuxième manière de voir qu'adoptent Ulpien et, avant lui, Papinien (« *quæ sententia probabilior est et a Papiniano probatur* »).

(32) Ulpian. lib. 29 ad edict. : « ... Quæ quæstio dilucidius est in fructuario tractata, utrum ex eo demum contractu potest de pécunia conveniri, [quod] <qui (Mo.)> ad se pertinet, an ex omni. Et Marc' illud etiam fructuarium teneri scribit et ex omni contractu : eum enim qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum. Certe illud admittendum omnimodo dicit, ut priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quæsitum non est, conveniatur : quæ sententia probabilior est et a Papiniano probatur... ».

Cet exercice de la même action de *peculio* contre différents maîtres n'était possible que grâce à une restitution *in integrum*. Sans doute, il n'est fait aucune mention de celle-ci au fr. 19, § 1, mais nous devons supposer, ou bien que les jurisconsultes la sous-entendaient, ou bien que les compilateurs ont effacé les mots qui la désignaient, comme ils l'ont fait au fr. 32 pr. (33).

D'assez nombreux auteurs ont soutenu l'interpolation de la phrase : *certe illud etc.*, où Marcellus énonce sa seconde *sententia*, et de la remarque d'Ulpien : *quæ sententia probabilior est et a Papiniano probatur* » (34). Dans un article récent, M. Beseler considère tout le fragment 19 § 1, comme une glose (peut-être interpolée) (35). En ce qui concerne la forme, la seule incorrection que l'on puisse relever dans cette partie du fragment se trouve dans les mots : *quod ad se*, au lieu de : *qui ad eum* (36); or, ce peut n'être là qu'une altération involontaire de la forme primitive du passage. On peut également considérer comme suspect le mot *omnimodo* (37) que nous

(33) En ce sens Betti, *Eff. est.*, p. 40 (cité par Index Interp.).

(34) V. en faveur de l'interpolation des mots : *certe... conveniatur* : Lusignani *Consum. process.*, p. 26, selon Index Interp.; Ferrini, *Archivio Giuridico*, t. 64 (1900), p. 87 suiv.; Z. S. S. f. R., t. 21 (1900), p. 196; Naber, *op. cit.*, p. 283, n. 3; Guarneri-Citati, *Obbl. indiv.*, 1, p. 41, n. 2, 76, n. 3; Biondi, *Compensaz.*, p. 300; Bonfante *Ist.*, p. 135; en sens contraire : Erman, *Z. s. s. f. R.*, t. 20 (1899), p. 247; Solazzi, *Bullettino*, t. 18 (1906), p. 230 suiv., 244 suiv.

V. en faveur de l'interpolation de la proposition « *quæ... probatur* » : Erman, *I. c.*; Ferrini, *Archiv.*, cité p. 88; Naber, *I. c.*; en sens contraire : Solazzi, *op. cit.*, p. 246 suiv.

(35) Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 41 suiv. (« *Paraphrasis vielleicht interpolierte Paraphrasis*). M. Beseler résume ainsi les griefs qu'il fait à ce texte (p. 41) : « *Wortschwall, gesprächhafte Aufregtheit der Rede, unklassische Sprache, Unklarheit des Gedankenausdruckes, Verworrenheit und Sprunghaftigkeit des Gedankenganges, unklassischer Inhalt* ».

(36) V. en ce sens Beseler, *op. cit.*, p. 43.

(37) En ce sens Guarneri-Citati et Beseler, *I. c.*

trouvons dans la phrase : *certe illud, etc.* Mais il n'est pas prouvé que les juriconsultes classiques ne se soient jamais servis de ce mot ⁽³⁸⁾. Rien, en réalité, ne permet de supposer que Marcellus, Papinien et Ulpien n'aient pas soutenu les doctrines qui leur sont attribuées dans notre texte. Bien au contraire, ces doctrines découlent naturellement de la conception du pécule comme le *quasi-patrimonium servi*, conception qui était celle de nos trois juriconsultes.

(38) Nous trouvons *omnimodo* chez Sénèque, de Benef. 2, 1, (v. Freund, Dictionnaire de la langue latine, t. 2, p. 645, au mot *omnimodo*).

Nous devons examiner également les autres indices de forme, d'où l'on a voulu encore déduire la non authenticité de cette partie du fragment. M. Beseler, *l. c.* déclare, à tort, obscurs les mots : *quæ questio*. Ulpien, au début du paragraphe 1 du fragment 19, se demande quels étaient les droits du créancier du *servus dotalis*, lorsque ce dernier possédait un *duplicis juris peculium*; à quelles règles était soumise l'action de *peculio* intentée contre le mari. Par les mots : « *quæ questio dilucidius est in fructuario tractata* », Ulpien veut nous dire que cette question, celle de la fixation des droits du créancier est traitée plus clairement dans l'hypothèse où l'esclave est, non dotal, mais soumis à un usufruitier et à un nu-propriétaire. Les mots *dilucidius* et *tractata*, suspects pour M. Beseler, ne sont pas propres à la langue byzantine. M. Beseler déclare privé de sens (« *unsinnig* ») le mot *etiam* dans la réponse de Marcellus. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Ulpien ne rapporte pas textuellement les paroles de Marcellus, qu'il cite au discours indirect; or, Ulpien s'occupe avant tout de l'hypothèse du *servus dotalis*. C'est pour mieux faire comprendre les règles suivies dans cette hypothèse, qu'il s'occupe de celle du *servus fructuarius*. Il nous dit que, selon Marcellus, même l'usufruitier doit être tenu *ex omni contractu*; cela constitue un *a fortiori* pour le maître du *servus dotalis*, puisque ce dernier à la différence de l'usufruitier, est propriétaire, au moins momentanément, de tout le pécule. En ce qui concerne la phrase : *Certe... conveniatur*, M. Ferrini (*l. c.*) voyait un indice d'interpolation dans ce fait qu'il était question ici d'un *superfluum*, sans qu'il ait été indiqué quelle avait été l'issue du premier procès. Il déclarait, en outre, la phrase : *is cui quesitum non est impropre et privée de sa corrélation nécessaire*. Mais ces critiques ont été repoussées d'une façon décisive par M. Solazzi (Bull., t. 18, p. 231-232). Nous ne concevons pas enfin les mêmes doutes que M. Beseler en présence des mots : « *admittere, superfluum, conveniatur* ».

Dans la phrase : *quæ sententia... probatur*, le seul mot signalé comme suspect par M. Beseler (*op. cit.*, p. 44) est : *probabilis*. Ulpien nous dit que la deuxième *sententia* de Marcellus est *probabilior*, c'est-à-dire celle dont on peut le mieux prouver l'exactitude; or, *probabilis* se rencontre fréquemment avec ce sens dans la littérature latine de la bonne époque.

M. Ferrini ⁽³⁹⁾, en partant d'une interprétation, à notre sens inexacte, de la première doctrine exposée par Marcellus, relevait une faute de logique dans le raisonnement du jurisconsulte. La phrase : *certe illud*, disait-il, semble apporter une restriction à la première doctrine exposée par Marcellus; or, loin de la restreindre, elle l'élargit en réalité sensiblement. Pour M. Ferrini, en effet, Marcellus, dans sa première théorie, ne faisait que donner le choix au créancier, non le droit d'agir successivement contre tous les maîtres; dans la deuxième, il refusait le choix au créancier, mais lui accordait un avantage bien plus grand, la cumulation des actions. Si Marcellus, comme le croit M. Ferrini, n'avait fait que donner le choix au créancier, aurait-il justifié sa décision par les mots : « *eum enim qui contrahit totum servi peculium, velut patrimonium intuitum* » ? Le créancier ne pourrait faire confiance au *totum servi peculium*, s'il ne pouvait se faire payer que sur une partie de celui-ci, et le pécule de l'esclave ne serait pas, vis-à-vis de lui, *velut patrimonium*. Sans doute, c'est seulement dans la phrase : *certe illud etc.*, qu'il est question d'une action *in superfluum*. Mais cela s'explique aisément si on remarque que Marcellus n'expose pas en réalité deux théories complètement distinctes, mais une seule, à laquelle il apporte une certaine limite.

Pour pouvoir consacrer l'unité du pécule, il faut que chacun des maîtres de l'esclave puisse être poursuivi en raison d'une *causa debendi* qui ne le concerne pas.

(39) *Archivio Giuridico*, t. 64, p. 87; *Z. S. S. f. R.*, t. 21 (1900), p. 196; *contra* Solazzi, *l. c.*

Marcellus et Ulpien rejettent donc l'ancienne doctrine en affirmant le droit du créancier sur le *totum servi peculium* ⁽⁴⁰⁾ : « *Et Marcellus etiam fructuarium teneri scribit, et ex omni contractu; eum enim qui contrahit, totum servi peculium, velut patrimonium intuitum* » ⁽⁴¹⁾.

Une nouvelle citation de Marcellus précise alors la pensée du juriste et nous montre que celui-ci ne s'opposait pas à ce qu'une certaine concession fût faite à l'ancienne doctrine, malgré le principe qu'il venait d'affirmer. On doit au moins, dit-il, autoriser le créancier à agir *in superfluum* contre l'autre maître, *priore convento, ad quem res respicit*. L'exercice successif de l'action, même dans un ordre nécessaire, implique encore la responsabilité de chacun des maîtres *ex omni contractu*, avec cette limite que celui *ad quem res non respicit* ne doit être tenu que subsidiairement. La doctrine de Marcellus, malgré la limite que lui apporte la phrase : *Certe illud...*, repose toujours sur ce principe : « *eum qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum* » ⁽⁴²⁾.

(40) La réponse de Marcellus est en flagrante contradiction avec la décision rendue par Pomponius au fr. 2 D. 15-1. Mais on ne doit pas en déduire avec M. Beseler la non authenticité du fr. 19, § 1. On doit bien plutôt songer à une divergence de vues entre ces deux jurisconsultes qui, nous le savons, ne concevaient pas le pécule d'égale manière.

(41) C'est à tort que M. Beseler conteste l'origine classique du principe : « *eum enim ——— intuitum* » (« *Dies Princip ist im Widerspruche mit klaren klassischen Entscheidungen* »). Marcellus faisait du pécule un attribut de la personne en puissance, il devait nécessairement en admettre l'unité. Si le pécule est le *quasi-patrimonium servi*, les créanciers de l'esclave doivent avoir sur l'ensemble de ce pécule un droit de gage général, de même que les créanciers d'un *sui juris* ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Telle est la signification du principe énoncé par Marcellus, principe que M. Beseler déclare à tort insoutenable (« *unhaltbar* »).

(42) Le raisonnement de Marcellus ainsi interprété échappe à

III. — Ulpien et Papinien admettaient-ils réellement, comme cela semble résulter du fr. 19, § 1, la deuxième *sententia* de Marcellus ?

La phrase : « *quæ sententia etc.* » ne contient aucun vice de forme qui en révèle l'interpolation ⁽⁴³⁾. Nous savons, en second lieu, depuis la lecture donnée par M. Lenel des *Disputationes* d'Ulpien, que ce jurisconsulte permettait au créancier du *servus plurium* d'intenter successivement la même action de *peculio* contre plusieurs maîtres, *resciso superiore iudicio*. Quant à Papinien, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'il se soit lui aussi servi de la *restitutio in integrum*, déjà employé dans ce cas par Marcellus. C'est à tort que l'on a cru voir un indice du contraire dans le fr. 50, § 3, D. 15-1 ⁽⁴⁴⁾. Papinien s'occupe dans ce texte, non

cette critique de M. Beseler (*Zeitsch.* citée p. 43) : « *Nach kühner und apodiktischer Beauptung ein bescheidener Rückzug* ».

(43) V. *supra* note 38.

(44) V. ainsi Ferrini (articles cités de l'*Archivio Giuridico* et de la *Zeitschrift Savigny*). M. Ferrini tirait encore argument de la règle exposée par Marcellus et Ulpien à la fin du paragraphe 1, du fragment 19, relativement au cas de *servus dotalis* : « *et ait, si id quod creditori præstitum est ad utriusque generis peculum pertinebit, pro rata utriusque peculio decedere debere* ». Il résulte assez clairement du contexte que le sujet de *ait* est Marcellus. Cela est impossible, déclare M. Ferrini, parce que contraire à la doctrine de ce jurisconsulte, précédemment exposée; il ne peut s'agir que de Pomponius ou de Papinien, dont les idées étaient admises en cette matière par Ulpien. M. Ferrini ajoute alors que, si la *probabilior sententia* avait été exacte, le mari aurait eu le droit de déduire du pécule à restituer ce qu'il avait dû payer en raison d'une dette le concernant, mais au delà du pécule lui restant, et que, dans le cas inverse, il aurait dû supporter définitivement la partie de la condamnation qui dépassait la valeur du pécule dotal. Selon M. Ferrini, pour Pomponius, Papinien et Ulpien, le créancier du *servus fructuarius* ne pouvait agir, suivant la cause de la dette, que contre l'un ou l'autre des maîtres; et, de même, le créancier du *servus dotalis* était satisfait, suivant la *causa* sur le pécule dotal ou l'autre. Le sujet de *ait* est bien en réalité Marcellus. M. Ferrini, en effet, attribue à ce jurisconsulte une doctrine qui n'était pas la sienne. Papinien, Ulpien et Marcellus étaient du même avis. Si les deux premiers de ces jurisconsultes refusent le choix au créancier, cette règle était déjà exposée par Marcellus, qui, sans l'imposer, semble cependant lui réserver ses faveurs (*certe illud...*). La règle énoncée par Marcell-

du *servus fructuarius*, mais de l'esclave possédé de bonne foi. Cependant, les deux hypothèses sont trop voisines pour que l'on ne puisse pas conclure de l'une à l'autre. Papinien prévoit qu'un esclave possédé de bonne foi emprunte de l'argent et le donne, comme rançon de la liberté, à celui qu'il croit son maître ⁽⁴⁵⁾. Contre qui le fournisseur de deniers pourra-t-il agir de *peculio* ? Le jurisconsulte répond ainsi : « *Dixi, quanquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conveniendum et eum ad exhibendum mecum acturum pecuniæ nomine, quæ ipsi esset acquisita nec in eam causam alienata, quæ pro capite servi facta proponeretur : neque enim admittendum esse distinctionem existimantium, si non manumittam, domini pecuniam esse, manumissione vero secuta, videri pecuniam ex re mea quæsitam mihi, quoniam magis propter rem meam, quam ex re mea, pecunia daretur* » ⁽⁴⁶⁾. Papinien ne parle pas d'une action *in superfluum* et l'on pourrait croire qu'il suivait tout simplement ici la doctrine de Pomponius.

lus, dans la phrase : *et ait...* est bien différente de celle que M. Ferrini a cru y découvrir. Elle n'est qu'une application, au cas du *servus dotalis*, de la *sententia* de Marcellus relativement au *servus fructuarius*, *sententia* jugée *probabilior* par Ulpien et admise par Papinien. Si les jurisconsultes n'envisagent pas l'hypothèse où le mari a dû payer sur son pécule en raison d'une dette concernant la femme, c'est parce que, dans ce cas, la solution ne pouvait pas être douteuse. La phrase : *sed... teneri*, supprimée à tort par M. Ferrini, de même que la question : *sin autem...*, nous montrent que Marcellus et Ulpien n'étaient pas d'avis de *separare* les *causæ* et les *peculia*, mais qu'ils ne faisaient porter que subsidiairement sur chaque portion du pécule les dettes qui ne la concernaient pas directement (Solazzi, Bull., t. 18, p. 248 suiv.).

(45) (Papin. lib. 9 *Quæstionum*) *Servus alius, cum bona [e] (Beseler, Z. S. S. f. R., t. 50, p. 47) fide[i] (Beseler l. c.) serviret mihi, nummos a Titio mutuat <u> [o]s (Mom.) mihi dedit, ut eum manumitterem; et manumisi : creditor quærebat, quem de peculio conveniret* ».

(46) Sur l'authenticité de ce texte, v. la note suivante et note 51.

Mais de graves raisons militent contre cette interprétation. Papinien pouvait fort bien s'exprimer comme il le fait au fr. 50, § 3, même s'il admettait la deuxième *sententia* de Marcellus. Notre jurisconsulte se demandait seulement à qui se rapportait la *causa debendi* (47). Il ne s'occupait nullement de cette autre question, bien distincte : le créancier, qui n'a pas obtenu complète satisfaction dans le premier procès, peut-il agir *in superfluum* contre l'autre maître ? On comprendrait, d'ailleurs difficilement que Papinien, qui se fait du pécule une tout autre conception que Pomponius (48), ait suivi ici la doctrine de ce jurisconsulte. Pour lui, le pécule est le *patrimonium servi filive*, il devait donc le considérer comme étant dans sa totalité le gage des créanciers du *subjectus*. S'il ne résulte nullement du fr. 50, § 3, que Papinien ait suivi la même doctrine que Pomponius, ce texte nous montre, par contre, que Papinien, comme l'affirme Ulpien, ne per-

(47) Le texte nous enseigne que, dans l'hypothèse envisagée, par Papinien, certains jurisconsultes soutenaient que la *causa debendi* concernait le possesseur de bonne foi, quand l'esclave avait été affranchi par celui-ci, le nu-propriétaire, dans les autres cas. Selon M. Beseler, (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 47), tout ce qui a trait à cette controverse serait interpolé. L'auteur corrige ainsi le *responsum* de Papinien : « *Dixi[...] dominum esse conveniendum et eum ad exhibendum mecum acturum pecuniæ nomine, quæ ipsi esset acquisita nec [...] alienata [...] : neque enim[...] videri pecuniam ex re mea quæsitam* ». En ce qui concerne la suppression des mots : *quanquam... proposito*, v. *infra*, note 51. Il se peut fort bien que les Compilateurs aient voulu, par les interpolations prétendues, donner une explication historique du doute dissipé par Papinien. Quoiqu'il en soit, le jurisconsulte répond seulement à cette question : contre qui le créancier doit-il agir (sous-entendu en premier lieu) ? Il n'avait pas à prévoir le cas, où les premières poursuites ne donneraient pas au créancier complète satisfaction. Papinien consigne ici la réponse qu'il a faite à un individu qui l'avait questionné. Or, le créancier demandait seulement : « *quem de peculio conveniret* ».

(48) V. *supra* p. 276 suiv. et 284 suiv.

mettait pas au créancier d'assigner à sa guise n'importe lequel des maîtres ⁽⁴⁹⁾.

On a soutenu que Papinien ne refusait le choix au créancier de l'esclave possédé de bonne foi qu'en cas de prêt ⁽⁵⁰⁾. Cette interprétation semble au premier abord, confirmée par le langage même du jurisconsulte: « *quanquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito...* » ⁽⁵¹⁾. Mais, comme l'ont remarqué déjà Mandry et M. Solazzi ⁽⁵²⁾, par *alias*, le jurisconsulte devait probablement viser des hypothèses autres que celles de l'esclave possédé de bonne foi, par exemple, celles où l'esclave est commun, soumis à plusieurs usufruitiers, etc. Pourquoi, en effet, le jurisconsulte proposerait-il des solutions différentes suivant que la créance est née d'un prêt ou de tout autre contrat? La question demeure, à notre sens sans réponse.

(49) V. en ce sens principalement Solazzi, Bull., t. 18, p. 233.

(50) Ainsi Salkowsky, Zur Lehre von Sklavenerwerb, p. 125, 204. n. 13; Naber, *op. cit.*, p. 283 n. 3; en sens contraire, v. Solazzi, Bulletino, t. 18, p. 233.

Cujas (Op., t. 4, p. 203) et Faber (Rationalia ad h. l.) ont fait appel au fr. 54 D. 17-1, pour expliquer la décision de Papinien. Mais comme le montre M. Solazzi (Bull., t. 18, p. 235 suiv.), les frs. 50, § 3 D. 15-1 et 54 D. 17-1 sont relatifs à des hypothèses trop différentes pour que l'on puisse expliquer l'un par l'autre. C'est à tort que M. Solazzi (Bull., t. 18, p. 243, 244) rapproche du fr. 50, § 3 D. 15-1 le fr. 3 pr. D. 15-3 selon nous interpolé. L'action de *peculio* est donnée en raison de tout contrat contre le possesseur de bonne foi et le propriétaire, mais, dans la doctrine de Papinien, subsidiairement seulement contre celui auquel ne se rapporte pas le contrat. L'action de *in rem verso* dans la doctrine qui a triomphé au cours de l'époque classique, ne frappe que celui des maîtres dont les affaires ont été utilement gérées par le *subjectus*. Anciennement, elle frappait le maître effectivement enrichi, à condition que l'enrichissement ne revêtît pas l'aspect d'un gain légitime.

(51) M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 47) supprime ces mots, mais sans justification.

(52) Mandry, *Peculium duplicis juris*, Z. f. R., t. 8, p. 285; Solazzi, Bulletino, t. 18, p. 233.

Papinien, comme Ulpien, permettait au créancier du *servus fructuarius vel usuarius* d'agir *in solidum creditum* successivement contre chaque maître, mais dans un ordre nécessaire. Quelle était en cette matière la façon de voir de Julien ?

IV. — Au fr. 37, § 3 ⁽⁵³⁾, Julien semble admettre, lui aussi, l'exercice successif de la même action *de peculio* contre l'usufruitier et le nu-propriétaire, sans que l'on puisse savoir d'ailleurs s'il laissait ou non le créancier libre d'agir en premier lieu contre n'importe lequel de ceux-ci. Mais ce texte est interpolé ⁽⁵⁴⁾.

La deuxième partie du paragraphe ne peut avoir trait qu'à l'exercice par l'usufruitier d'une action *de peculio* contre le nu-propriétaire ⁽⁵⁵⁾ ; elle apparaît

(53) Julian. lib. 12 digest. : « Si actum sit de peculio cum eo qui usum fructum in servo habet et minus consecutus sit creditor, non est iniquum, ut ex universo ejus peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur. Nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit. Dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet ».

(54) Ce texte est considéré comme complètement interpolé ou paraphrasé par MM. Erman, Z. S. S. f. R., t. 20 (1899), p. 247; Ferrini, Archiv. Giur., t. 64 (1900), p. 86; Z. S. S. f. R., t. 21 (1900), p. 196; Beseler, Beiträge, t. 3, p. 106 (cf. maintenant Z. S. S. f. R., t. 50, p. 46-47); Rechnitz, Julian., p. 51. Pour des interpolations partielles, v. les auteurs qui seront cités plus loin. Seule la première partie du texte, jusqu'à *nihil*, nous semble avoir été remaniée par les Compilateurs.

(55) V. en ce sens : Solazzi, Bullettino, t. 18, p. 255 ; Naber, op. cit., p. 288; Levy, op. cit., p. 257. M. Betti (selon Index Interpolationum) insère *utilis* entre *debebit* et *actio*, correction qui implique que tout le passage est relatif à l'exercice de l'action *de peculio* par un tiers.

Salkowski (op. cit. p. 230) suppose ou bien que tout le texte était relatif à l'exercice de l'action de la part d'un tiers, ou bien que la deuxième partie se rapportait à l'exercice de l'action entre les maîtres; mais la première conjecture avait ses préférences. Il ne peut s'agir, en réalité, dans la deuxième partie du paragraphe, que d'une action intentée par l'usufruitier contre le nu-propriétaire. Cela résulte des mots : *deducto eo etc.* Les maîtres agissant les uns contre les autres sont tenus de déduire du mon-

sans aucun rapport avec la première partie, où il est question d'une action *de peculio* intentée par un tiers. La phrase : *nihil interest etc.* marque la scission. Supposerons-nous que l'un et l'autre de ces passages émanent de Julien ? Cette juxtaposition étrange, dans un même paragraphe, de deux passages relatifs à des hypothèses aussi diverses, autorise, à elle seule, le doute contre l'authenticité des règles qui y sont énoncées. Julien, à notre avis, ne s'occupait ici que de l'exercice de l'action *de peculio* entre usufruitier et nu-propriétaire. Les compilateurs ont, par des interpolations, appliqué la première partie du paragraphe à l'hypothèse où le créancier est un tiers. A côté des indices d'interpolation déjà signalés ⁽⁵⁶⁾, nous plaçons cette expres-

tant de leur créance la valeur du pécule qui leur appartient; les tiers ne sont tenus à aucune déduction. Si nous entendions ce texte différemment, nous nous heurterions à une contradiction irréductible entre les deux parties du passage. Si le créancier a agi en premier lieu contre l'usufruitier et obtenu moins qu'il ne lui était dû, le pécule *quod apud fructuarium est*, est épuisé. Salzkowsky pense que Julien voulait autoriser le créancier à agir en premier lieu contre le nu-propriétaire, alors que la *causa debendi* concernait l'usufruitier, lorsque l'action intentée contre celui-ci ne pouvait pas produire d'effet; il ne lui permettait que déduction faite de ce que l'esclave possède auprès de l'usufruitier. Mais cela est invraisemblable (v. Solazzi, *op. cit.*, p. 256); et la phrase : *nihil interest* montre, à nouveau, qu'il était question ici d'une dette du *servus* envers l'un de ses maîtres.

(56) Comme le signale M. Rechnitz (*l. c.*), il devrait y avoir dans ce texte, à cause de *habet : si actum est... consecutus est*, au lieu de : *si actum sit... consecutus sit*. M. Beseler (*Z. S. S. f. R.*, t. 50 (1930), p. 346-47) supprime les mots : *et minus... rem consequatur*. Mais les indices d'interpolation, qu'il relève dans la fin de la phrase (*non est... rem consequatur*), ne nous paraissent pas décisifs : l'imprécision de *rem* (cf. déjà Ferrini, *l. c.*); *ut consequatur*, au lieu de *consequi*; *sive apud*, au lieu de *quod apud...* et *apud*. Les mots *non est* ont pu être écrits par Julien, mais relativement à une hypothèse autre que celle à laquelle ils s'appliquent dans la compilation. Cf. sur l'interpolation de la première partie du fragment 37, § 3, outre les auteurs cités *supra* dans cette note et note 54 : Solazzi, *Bull.*, t. 18, p. 252 suiv.; Cf. Studi Fadda, t. 1, p. 349; Lusignani (selon Index Interp.) qui supprime les mots *et minus consecutus sit creditor*; Bonfante, *Ist.*, p. 135, qui supprime toute la fin du texte, depuis *non est* (v. également la retouche apportée à ce texte par Mommsen).

sion ici surprenante : *non est iniquum*. Julien s'exprimerait de cette manière, si la règle qu'il est censé énoncer, imposée par des motifs exclusivement juridiques, pouvait sembler injuste; or, c'est précisément au nom de l'*æquitas* qu'Ulpien la consacre dans le fragment de Strasbourg.

Au reste, ce texte semble contredit par le fragment de Strasbourg ⁽⁶⁷⁾. Ulpien, dans cette partie de ses *Disputationes*, ne cite Julien que lorsqu'il affirme l'extinction de tout le droit du demandeur par l'exercice d'une seule action *de peculio*, mais non lorsqu'il accorde au créancier contre les autres maîtres un *rescissorium iudicium*. Ulpien n'aurait-il pas invoqué ici encore l'autorité du grand jurisconsulte Sabinien, si celui-ci avait été du même avis que lui ? On ne peut pas dire, avec M. Levy ⁽⁶⁸⁾, que, si ce désaccord avait existé entre les jurisconsultes, Ulpien, dans la phrase : *sed licet*, aurait présenté plus nettement comme sienne la doctrine qu'il y expose. Ulpien ne cite plus Julien, parce que celui-ci n'admettait pas la restitution *in integrum* dans les hypothèses envisagées, et rien n'obligeait Ulpien à exposer la doctrine contraire de son prédécesseur. M. Levy objecte encore ⁽⁶⁹⁾ que la restitution *in integrum* devait être admise sans contestation à l'époque de Julien, puisque Proculus s'en ser-

(57) Le fragment de Strasbourg témoigne d'une divergence d'opinions entre Julien et Ulpien; v. en ce sens : Lenel, *Z. S. S. f. R.*, t. 25 (1904), p. 369; Erman, *Z. S. S. f. R.*, t. 25, p. 353 suiv.; Solazzi, *Bull.*, t. 17, p. 229; t. 18, p. 253; Studi Senesi, t. 23, p. 116, n. 3; Girard, *Manuel*, p. 707, n. 6; Appleton, *R. H. de droit*, 1927, p. 248 n. 4.

(58) *Op. cit.*, t. 1, p. 254.

(59) *L. c.*

vait déjà ⁽⁶⁰⁾. Mais nous savons que Proculus professait, en matière de pécule, des idées très hardies, qui n'ont triomphé que longtemps après lui ⁽⁶¹⁾. M. Levy invoque enfin le fr. 14 pr., § 1, h. t., où Julien, à son avis, permettait au créancier d'agir successivement contre tous les héritiers du maître grâce à une restitution *in integrum* (l'esclave n'étant pas commun) ⁽⁶²⁾. Julien nous enseignait, en réalité, tout autre chose dans ce fragment : il y faisait bien allusion au procédé par lequel il venait en aide au créancier du *servus plurium*, mais ce procédé n'était pas la *restitutio in integrum*.

M. Beseler qui pense que tous les jurisconsultes classiques suivaient la règle énoncée par Pomponius au fr. 2 D. 15-1, supprime au fr. 37 §. 3 l'allusion qui y est faite à l'exercice successif de l'action *de peculio*. Il corrige ainsi ce texte ⁽⁶³⁾ : « *Si actum sit de peculio cum eo qui usum fructum in servo habet* <, —> [et... consequatur.] *nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit*. [dari... habet.]. Selon M. Beseler, après les mots : *in servo habet*, Julien devait ajouter : « *ejus peculii ratio habenda erit, quod apud fructuarium erit* ». Julien se serait occupé du pécule appartenant à l'usufruitier et des articles de déduction de celui-ci; au cours de ces développements, il nous aurait dit : « *nihil... acceperit* », phrase maintenant sans liaison dans le passage.

(60) Cf. fr. 47, § 3 D. 15-1.

(61) V. *supra*, p. 242; 264 suiv.; 296 suiv.; et *infra*, p. 529 suiv.

(62) Lorsque les héritiers avaient succédé à la fois à la *potestas* sur l'esclave et au *dominium* sur son pécule, chacun d'eux pouvait être condamné *in universum peculium*, v. *supra*, p. 382.

(63) Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 46-47.

Rien n'autorise, à notre sens, la suppression des mots : *dari... habet* ⁽⁶⁴⁾. Quant aux mots : *nihil... acceperit*, ils s'expliquent, nous le verrons, parfaitement bien si on les rapporte à une discussion sur la compétence de l'action *de peculio* contre le nu-propriétaire pour une dette du *servus fructuarius* envers l'usufruitier. La correction proposée est, dès lors, peu vraisemblable, bien que Julien ait pu tenir le langage que lui attribue M. Beseler. C'est le début du paragraphe qu'il faut supprimer (*si actum sit... consentus sit creditor*) ⁽⁶⁵⁾.

Si Julien ne se servait pas de la restitution *in integrum*, il permettait cependant au créancier du *servus plurium* (non commun) de poursuivre l'*universum peculium*. C'est ce qui résulte notamment du fr. 14, D. 15-1.

Le fragment 14 est ainsi rédigé : « pr. — *Item cum testamento præsenti die servus liber esse jussus est, cum omnibus heredibus de peculio agendum est nec quisquam eorum amplius deducet quam quod ipsi debeatur.* — § 1. — *Item cum servus vivo domino mortuus est, deinde dominus intra annum plures heredes reliquit, et de peculio actio et deductionis jus scinditur* ».

Au paragraphe 1, Julien semble nous dire que l'action *de peculio annalis* se divise de plein droit au décès du *dominus*. S'il en est ainsi, le créancier ne peut pas agir *in solidum* contre un des héritiers sans commettre une *plus petitio*; il doit nécessairement agir

(64) M. Beseler ne signale dans cette partie du texte aucun indice formel d'interpolation.

(65) D'ailleurs les premiers mots du fragment, que M. Beseler complète de la manière indiquée, ne sont pas au-dessus de tout soupçon, v. *supra* note 56.

contre tous *pro portione hereditaria*. Ce texte apparaît alors en flagrante contradiction avec le fr. 32 pr. En effet, Julien, relativement aux mêmes hypothèses, nous dit, au fr. 32 pr., que la poursuite *in solidum* d'un seul héritier libère tous les autres, bien que le défendeur ne puisse pas être condamné au delà de sa part de pécule : d'où il résulte clairement que le créancier peut agir *in solidum*.

Parmi les nombreux auteurs qui se sont occupés de la question, les uns ont déclaré le fr. 14, § 1, interpolé ⁽⁶⁶⁾, les autres, ont essayé de concilier de diverses manières ce texte avec le fr. 32 pr.

On a dit que Julien au fr. 14, § 1, faisait seulement allusion à la division volontaire de l'action ⁽⁶⁷⁾ ou encore qu'il se servait comme Ulpien de la restitution *in integrum* et visait simplement le résultat pratique par les mots : « *et de peculio actio et deductionis jus scinditur* » ⁽⁶⁸⁾. M. Solazzi, dans une importante étude ⁽⁶⁹⁾, concilie de tout autre façon les fragments 32 pr. et 14 h. t. Pour lui, le *paterfamilias*, passible de l'action *annalis*, est personnellement obligé et son obligation est définitivement fixée au moment de l'extinction du pécule, tandis que, vis-à-vis de l'action *de peculio* ordinaire, il était seulement tenu de *defendere*

(66) V. en ce sens Lusignani, Cons. Process., p. 35 (selon Index Interp.); Guarneri-Citati, Obbl. indiv., 1, p. 71 suiv.; De Francisci, studi Sassaressi, t. 2 (1923), p. 222 (selon Index Interp.); Bonfante, Ist., p. 135; Beseler, Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 94 et t. 50 (1930), p. 59. V en sens contraire, outre Solazzi : Erman, Z. S. f. R., t. 19 (1898), p. 335 suiv.; t. 20 (1899), p. 248; Levy, op. cit., t. 1, p. 256.

(67) Erman, Z. S. S. f. R., t. 20 (1899), p. 248.

(68) Levy, op. cit., t. 1, p. 256.

(69) *L'actio de peculio annalis contro gli eredi. Studi Senesi*, t. 23 (1906), p. 115 suiv.

servum peculio tenus. M. Solazzi pense que, en conséquence de cela, des règles différentes devaient être admises lorsque le maître défunt était déjà passible de l'action *annalis* (décès ou affranchissement entre vifs de l'esclave) et lorsque celle-ci pouvait être intentée seulement après le décès du maître (legs de l'esclave, affranchissement testamentaire de celui-ci). Si l'extinction du pécule a lieu *vivo domino*, le maître serait, de son vivant, personnellement tenu, et, à son décès, sa dette se diviserait de plein droit entre ses héritiers. Au contraire, si l'extinction du pécule a lieu postérieurement au décès du maître, une semblable division de l'action *annalis* ne serait plus possible. Cette dernière naîtrait directement contre chaque héritier pour la totalité de la créance et dans la mesure de la part de pécule qui lui revient ; d'où possibilité d'agir contre un seul *in solidum* et extinction réciproque des actions. M. Solazzi souligne alors une opposition entre le pr. et le § 1 du fr. 14 h. t. Au *præmimum*, Julien envisage l'hypothèse où l'esclave est affranchi par testament et il nous déclare, selon M. Solazzi, que l'on peut agir contre tous les héritiers, mais que chacun d'eux ne peut être condamné que dans la mesure de sa part de pécule. Au paragraphe 1, Julien suppose que l'esclave est décédé *vivo domino*, l'action *annalis*, dont le maître était passible, se diviserait, de plein droit contre ses héritiers. Le fr. 14, § 1, ainsi interprété, est encore en contradiction avec le fr. 32 pr., car, dans ce dernier texte, il est à la fois question de l'hypothèse envisagée au pr. et de celle envisagée au § 1 du fr. 14. Mais M. Solazzi croit que le début du fr. 32

pr. a été l'objet de remaniements. Il signale une inexactitude dans la première phrase de ce texte. Julien envisage ici les hypothèses suivantes : affranchissement testamentaire, aliénation ou mort de l'esclave, et il déclare que le défunt pouvait être poursuivi dans l'année utile ; ce qui n'est pas exact dans l'hypothèse d'affranchissement testamentaire, car, la dissolution du pécule ne se produisant qu'au décès du maître, ce dernier n'a jamais été passible de l'*actio annalis*. Selon M. Solazzi, Julien s'occupait ici de cette seule hypothèse et c'est un copiste ou un étudiant inexpérimenté qui a ajouté au texte primitif la mention des autres hypothèses, de même que les mots : « *intra annum conveniri poterat* ».

La théorie de M. Solazzi, pour ingénieuse et séduisante qu'elle soit, n'a pas été admise par les auteurs qui ont postérieurement écrit sur la question. Elle nous semble également inexacte.

La rectification du fr. 32 pr., proposée par M. Solazzi, est arbitraire ⁽⁷⁰⁾. Plus vraisemblablement le copiste ou le glossateur qui a retouché ce texte, au lieu d'en modifier complètement la grammaire, a simplement ajouté les mots : *vel libero esse jusso*, à côté de *manumisso servo* ⁽⁷¹⁾.

En second lieu, les actions de *peculio* ordinaire et *annalis* n'avaient certainement pas un fondement juridique différent. La distinction que M. Solazzi relève

(70) V. contre cette rectification Naber, *op. cit.*, p. 281, n. 10, 286, n. 3 ; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 251, n. 3.

(71) Ainsi Naber, *op. cit.*, p. 281, n. 10, 286, n. 3. Peut-être même faut-il conserver ces mots et les interpréter comme synonymes de *censu manumisso* (cf. Naber, *op. cit.*, p. 286, n. 3, auquel la chose semble possible).

entre elles n'existait pas, en réalité. L'obligation du maître était également instable, que ce soit l'une ou l'autre des actions qui compète contre celui-ci. Le pécule pouvait encore croître ou décroître *intra annum* ⁽⁷²⁾. Ce n'était pas d'ailleurs, en raison de l'incertitude du chiffre de la condamnation dans l'action *de peculio*, que le maître n'était qu'indirectement tenu ⁽⁷³⁾.

Restent les deux autres explications proposées. Julien, au fr. 14, § 1, permettait une division volontaire de l'action *de peculio*, ou bien son exercice successif. La première interprétation est la seule plausible en présence du texte de Julien : « *et de peculio actio et deductionis jus scinditur* ». Le jurisconsulte s'exprimerait bien peu clairement, s'il voulait nous dire par là que, par l'exercice successif de l'*actio annalis*, res-

(72) V. fr. 3 D. 15-2. D'ailleurs, pour fixer le montant de la condamnation *de peculio*, on évaluait, non la valeur du pécule au moment de sa dissolution (vente, décès de l'esclave), mais celle qu'il aurait *rei judicandæ tempore* en en supposant fictivement la survie.

(73) L'opposition, que M. Solazzi relève entre le pr. et le § 1 du fr. 14, est inadmissible, si on pèse les termes de ces deux passages (v. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 255, n. 2). Le § 1 commence par le mot *item*, qui montre clairement que les hypothèses, successivement envisagées, sont traitées d'égale façon (M. Rechnitz Julian, p. 66, voit là un indice d'interpolation).

Par contre, certains arguments que l'on a fait valoir contre la thèse de M. Solazzi ne nous semblent pas bons. M. Levy, *l. c.*, conclut, du fait que, relativement au *jus deductionis*, les solutions proposées dans les deux hypothèses sont les mêmes, à l'identité des droits reconnus au créancier. Que le créancier ne puisse agir que contre un des héritiers *in solidum*, qu'il ait la faculté de diviser sa créance ou que celle-ci se divise de plein droit, de toute manière l'héritier ne peut déduire, outre ce qui lui est personnellement dû, que la partie de la créance du *de cuius*, qui correspond à sa vocation successorale. M. Levy objecte encore que, selon M. Solazzi, Julien, au fr. 14 pr., pouvait songer à la division de l'action et qu'ainsi toute opposition disparaît entre les deux parties du fragment. Mais, en réalité, l'opposition existe, si on admet, avec M. Solazzi, qu'il s'agit au pr. d'une division volontaire de l'action, au § 1 d'une division nécessaire. Les arguments invoqués par M. Guarneri-Citati ne sont pas non plus convain-
cants (V. *infra*, note 75).

cisso superiore iudicio, on arrive aux mêmes résultats ou à un résultat analogue à celui produit par la division de l'action (74).

Mais, plus vraisemblablement, les mots : *et de peculio actio etc.*, comme on tend actuellement à l'admettre, ne proviennent pas de Julien (75). La division de plein droit de l'action *de peculio* contre les héritiers était sans doute admise anciennement ; elle était, en effet, une conséquence inévitable de la conception que se faisaient les premiers jurisconsultes de la responsabilité du *paterfamilias* en matière d'action *de peculio*. Cette doctrine est abandonnée par Julien. Il est, dès lors, bien peu vraisemblable que Julien se soit servi d'une formule, où il pouvait paraître s'en tenir encore à cette ancienne doctrine. C'est un glossateur qui, sachant que Julien admettait la division de l'action *de peculio*, en cas de pluralité de maîtres, a ajouté les mots : « *et de peculio actio etc...* ». Ceux-ci, qu'on le remarque, ne sont pas nécessaires dans notre texte. Julien devait traiter et traite d'égale façon les hypothèses qu'il prévoit au pr. et au § 1 du fr. 14. Après nous avoir dit que lorsqu'un esclave est affran-

(74) M. Guarneri-Citati (*op. cit.*, p. 73) objecte contre l'interprétation de M. Levy : « La ricostruzione del pensiero Giuliano è buona, ma inconciliabile con il testo della chiusa ». Que cette explication soit incompatible avec le texte de Julien, tel est également notre avis ; à la différence de M. Guarneri-Citati, nous ne croyons pas que la pensée de Julien ait été exactement interprétée par M. Levy.

(75) M. Guarneri-Citati (*op. cit.*, p. 72) invoque en ce sens la contradiction qui existe entre le fr. 32 pr. et le fr. 14, § 1. Mais l'argument n'a une valeur que si on repousse la correction faite par M. Solazzi au fr. 32 pr. et si on entend le fr. 14, § 1, comme visant une division forcée de l'action. M. Rechnitz (*op. cit.*, p. 66) efface tout le § 1 comme une addition byzantine. Au lieu de *item...* on s'attendrait, nous dit-il, à *sed* ou *contra*. Mais, en réalité, il ne pouvait pas y avoir d'opposition entre ces deux séries d'hypothèses.

chi par testament : « *cum omnibus heredibus de peculio agendum est nec quisquam eorum amplius deducet quam quod ipsi debeatur* », il suffisait à Julien d'ajouter qu'il en était également ainsi si l'esclave était décédé avant son maître. Au § 1 du fr. 14, il devait simplement nous dire : « *Item (ou idem dicendum est)* ⁽⁷⁶⁾ *cum servus vivo domino mortuus est deinde dominus intra annum plures heredes reliquit* ». Toute notre attention doit donc se reporter sur la règle énoncée au pr. du fr. 14 : « *cum omnibus heredibus de peculio agendum est* ». M. Beseler ⁽⁷⁷⁾ remplace « *agendum est* » par : « *agi potest. Sed unusquisque dumtaxat de eo condemnabitur, quod ex peculio penes eum erit* ». Julien ne dirait, ainsi, rien de plus que ce qu'il dit au fr. 32 pr., dans la citation d'Ulpien. Mais nous ne voyons pas la nécessité de cette rectification, somme toute arbitraire. Il n'y a aucune contradiction entre les fr. 32 pr. et 14 pr.. Julien, dans le premier de ces textes, énonce le principe que l'exercice d'une seule action éteint toute la créance, quel que soit le montant de la condamnation; dans le second, il fait allusion au moyen par lequel il venait en aide au créancier. Ce moyen quel était-il ?

Certainement Julien n'accordait pas au créancier le droit d'agir *in solidum* successivement contre plusieurs maîtres, *resciso superiore iudicio*. Nous dirait-il qu'il faut agir contre tous les héritiers ? Supposons que le maître laisse trois héritiers venant pour parts

(76) Besler, Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 94 suiv. et t. 50 (1930). p. 59.

(77) Z. II. cc. Dans le dernier de ces articles M. Beseler remplace également *debeatur* par *debetur*.

égales, que le pécule vaille 60 et que l'esclave doive trente à un tiers. Si nous appliquons la règle énoncée par Ulpien dans le fragment de Strasbourg, nous dirons que le créancier pourra agir *in solidum* contre deux des héritiers ; du premier il obtiendra 20, du second le *superfluum*, c'est-à-dire 10. Il sera donc entièrement satisfait, et cependant il n'aura assigné que deux héritiers sur trois. Si Julien suivait la même doctrine, il nous dirait peut-être que le créancier peut agir contre tous, mais non qu'il doit agir contre tous. Julien ici ne peut viser que l'exercice simultané de la même action *de peculio*, c'est-à-dire sa division contre tous les héritiers ; division qui n'est pas imposée au demandeur, mais qui lui est permise ⁽⁷⁸⁾ et que Ju-

(78) M. Guarneri-Citati considère la division même volontaire de l'action comme impossible. Il nous dit (*op. cit.*, p. 73) : « Viceversa il *judicium rescissorium* si spiega benissimo quando si ammette, che da un lato l'effetto estintivo della *litis contestatio* fosse una ineluttabile conseguenza del fatto che l'*actio de peculio* andava, e non poteva andare se non al *solidum* », e d'all'altro che la condanna del convenuto non poteva eccedere la parte di *peculio* da lui posseduta. » Il ne résulte nullement du fr. 32 pr. que Julien n'admettait pas, ni ne pouvait admettre la division volontaire de l'action. Dans le texte, où Ulpien puise les citations de Julien qu'il fait au fr. 32 pr.; ce dernier jurisconsulte devait exposer le principe de l'extinction de tout le droit du demandeur par l'exercice d'une seule action *de peculio* contre l'un des maîtres de l'esclave ou co-propriétaires du seul pécule, pour indiquer ensuite de quelle manière on pouvait remédier à ce résultat fâcheux. Ulpien ne nous indique pas quel était le moyen employé par Julien car il en emploie un autre : l'*in integrum restitutio*. Si, dans un autre texte, nous apprenons que Julien préconisait la division volontaire de l'action, cela doit d'autant moins nous surprendre que le fr. 32 nous révèle implicitement une divergence d'opinions entre Julien et Ulpien, relativement aux moyens employés. Pour ces mêmes raisons, nous repoussons l'interpolation des mots : « *Idque ita Julianus scripsit* », au fr. 32 pr., soutenue par M. Naber (*op. cit.*, p. 286). M. Naber pense que Julien admettait la division de l'action et que les Compilateurs, pour effacer la divergence d'opinions qui existait entre Julien et Ulpien, ont inséré au fr. 32 pr. « *idque ita Julianus scripsit* ». Mais, pour Julien, la poursuite *in solidum creditum* d'un des héritiers libère bien les autres et c'est parce qu'il en est ainsi qu'il propose la division volontaire de l'action.

lien lui recommande instamment ⁽⁷⁹⁾. Quand il nous dit qu'il faut agir contre tous, c'est un conseil qu'il donne et un bon conseil. Le créancier connaît plus facilement la part, pour laquelle succède chaque héritier, que la valeur instable du pécule. S'il intente une action *in solidum creditum*, il court un risque, celui d'avoir déduit tout son droit sans obtenir complète satisfaction, danger que Julien retrace dans toute sa gravité au fr. 32 pr., et qui était, pour lui, d'autant plus sérieux, qu'il n'admettait pas la restitution *in integrum*.

Julien venait donc, lui aussi, en aide au créancier, mais par un autre moyen qu'Ulpien. Il ne se servait pas du remède curatif, la restitution *in integrum*, mais du traitement préventif, la division de l'action.

Un autre texte, dont on a soutenu à tort l'interpolation, confirme nettement l'exactitude de la doctrine que nous attribuons à Julien. Ce jurisconsulte, d'après Gaius, qui suit entièrement sa manière de voir, nous dit au fr. 27, § 3, dans une formule dont la portée semble générale ⁽⁸⁰⁾, que le créancier (du *servus plurium*) peut agir *vel in partes cum singulis vel cum uno in solidum*.

En présence de ces différents textes, quelle valeur peut avoir le fr. 37, § 3, en lui-même des plus suspects ?

Il n'y avait aucun motif pour que Julien admette la restitution de l'action au cas du *servus fructuarius* et non dans les autres. Ici encore, il devait permettre la

(79) V. Levet, Bénéfice de compétence, p. 172.

(80) V. *infra*, p. 462.

division de l'action. Mais les compilateurs suivent la doctrine d'Ulpien et ils devaient être tentés d'attribuer la même manière de voir à Julien.

V. — Dans tout le paragraphe 3 du fr. 37, il n'était primitivement question que de l'action *de peculio* entre usufruitier et nu-propriétaire. Ceux-ci, en effet, n'étant pas *socii*, pouvaient agir *de peculio* les uns contre les autres. La partie exacte du fr. 37, § 3, de même que le fr. 19, § 2, h. t. ⁽⁸¹⁾ nous montrent com-

(81) Cf. fr. 38, § 3, D. 15-1. Ulpien expose, au fr. 19, § 2, la même règle que Julien au fr. 37, § 3. Il nous dit (Ulpian. lib. 29 ad ed.) : « *Interdum et ipsi fructuario adversus dominum datur actio de peculio, ut puta si apud eum habeat peculium, apud ipsum vero nihil aut minus, quam fructuario debetur. Idem etiam contra eveniet, quamvis in duobus dominis succiat pro socio vel communi dividundo actio.* » M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 45) supprime comme étant interpolée toute la fin du texte depuis *apud eum*. Il signale en ce sens l'imprécision de *apud eum*, au lieu de *apud dominum*, l'inutilité de cette indication : « *si apud eum habeat peculium* », la non mention du sujet de *habeat*, l'impropriété de *nihil* à la place de *nullum*, *nihil* étant ici la maladroite transposition en latin du mot « οὐδέν » qui peut se traduire aussi bien par *nihil* que par *nullum*. Les mots : *quamvis*, etc., paraissent également suspects à M. Beseler. Les mots : *aut nihil aut*, d'ailleurs inutiles, ont pu être introduits par les Compilateurs ; ceux-ci avaient, on le sait, la manie de compléter les textes classiques. Malgré l'absence de *servus* devant *habeat*, les mots : *apud eum habeat peculium* ne font naître aucune équivoque. Au reste, le mot *servus* a pu disparaître de ce passage, soit qu'il ait été omis par un copiste, soit qu'il ait été effacé sur le parchemin dont se sont servis les Compilateurs. Quant aux autres critiques faites par M. Beseler, elles ne nous semblent pas justifiées. Les mots *apud eum* ont un sens très clair. *Eum* ne peut se rapporter grammaticalement qu'au sujet le plus rapproché qui est *dominum*. L'inélégante répétition du mot *dominum* n'était pas ici nécessaire. Selon M. Beseler, Ulpien nous disait : « *ut puta si <rem a servo emerit, quæ in eo peculio est, quod ad dominum pertinet, aut si servo propter ejusdem peculii utilitatem mutuam pecuniam dederit>.* » Cette transformation du texte ne s'impose pas. Ulpien, sans doute, pouvait fort bien ne permettre à l'usufruitier d'agir *de peculio* contre le nu-propriétaire qu'en raison de certains contrats ; comme le fait Papinien (fr. 118, pr. D. 45-1, v. p. 447), à la différence de Julien (fr. 37, § 3, D. 15-1, v. p. 444 suiv.). Mais, lorsque la créance de l'usufruitier était de nature à justifier une action *de peculio* contre le nu-propriétaire, Ulpien ne devait autoriser l'usufruitier à agir que dans la mesure où sa créance n'était pas couverte par le pécule lui appartenant. Le texte d'Ulpien se trouve sur ce point en harmonie avec les frs. 37, § 3, h. t. de Julien et 38, § 3, h. t. d'Africain.

ment Julien et Ulpien ont réalisé, même sous ce jour tout spécial, l'unité du pécule du *servus fructuarius*. On aurait pu croire que, vis-à-vis des maîtres, les pécules de cet esclave étaient séparés par une cloison étanche. Il n'en est rien. Julien et Ulpien décident, en effet, que l'usufruitier ne pourra agir contre le *dominus* (ou réciproquement) que déduction faite du pécule qui lui appartient ⁽⁸²⁾. Si, par exemple, un *servus fructuarius* doit 50 à l'usufruitier, mais possède auprès de celui-ci un pécule de 40, l'usufruitier ne pourra réclamer que 10 dans l'action *de peculio* qu'il intentera au nu-propriétaire. La dette contractée par l'esclave envers un de ses maîtres frappe tout son pécule, comme celles qu'il contracte envers les tiers. C'est là ce qui explique la possibilité, pour le maître créancier, de déduire cette dette du pécule qui lui appartient et de réclamer le surplus à l'autre maître. Mais on comprend fort bien que les jurisconsultes n'aient accordé l'action que *in superfluum*. Le demandeur, en effet, a en mains une partie des biens qui servent de gage à sa créance, c'est avec ceux-ci qu'il doit être payé en premier lieu.

Toute dette du *servus fructuarius* envers l'un de ses maîtres, dette qui pouvait donner lieu à déduction, pouvait-elle également donner lieu à une action *de peculio*?

Il n'est pas douteux que seules les dettes, qui au-

(82) Selon MM. Solazzi, *Jus deductionis e condemnatio cum deductione*, Studi Fadda, t. 1, p. 345 suiv., et Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 282, n. 7, une clause spéciale devait être introduite dans la *condemnatio*. M. Lenel songe à la clause : « *deducto eo quod apud ipsum servus habet* ».

raient pu donner lieu à une action *de peculio* de la part d'un tiers, pouvaient justifier l'exercice de cette action entre usufruitier et nu-propiétaire. Les maîtres sont des tiers les uns pour les autres, au moins quand ils intentent l'action *de peculio*. Les jurisconsultes n'avaient pas à préciser cela.

Mais, en ce qui concerne les dettes contractuelles, on a cru devoir faire appel aux principes généraux qui régissent les rapports entre usufruitier et nu-propiétaire à l'occasion du *servus fructuarius*. Les sources nous apprennent que, ni le contrat de louage de services intervenu entre l'esclave et l'usufruitier, ni la remise d'un prêt de la part du second au premier ne pouvaient faire naître d'obligations entre l'usufruitier et le nu-propiétaire, sauf lorsque l'esclave avait stipulé *nominatim domino suo* ⁽⁸³⁾. M. Solazzi ⁽⁸⁴⁾ en déduit que dans ce cas seulement ces deux contrats pouvaient donner naissance à une action *de peculio* entre usufruitier et nu-propiétaire. C'est ainsi que Julien entendrait la chose quand il nous dit au fr. 37, § 3 : « *Nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario, an mutuam pecuniam ab eo acceperit* » ⁽⁸⁵⁾.

(83) V. fr. 25, §§ 3 et 5, D. 7-1 ; 22 D. 45-3.

(84) Bull., t. 18, p. 257-258. V. dans le même sens : Naber, *op. cit.*, p. 288, n. 1.

(85) La phrase : « *nihil interest... acceperit* » est déclarée mal placée par M. Lenel Palingenesia. M. Riccobono (Annali Palermo, t. 3, 4 (1917), p. 682, n. 2) la considère comme une interpolation. Cette phrase n'est pas mal placée. Les jurisconsultes devaient être nécessairement amenés à se demander si, en cas de prêt consenti à l'esclave par l'usufruitier ou d'une *locatio* par lui du travail de l'esclave, une action *de peculio* pouvait naître contre le nu-propiétaire. M. Riccobono relève une opposition entre notre fragment et le fr. 118 D. 45-1 de Papinien : cette opposition existe, mais elle nous montre simplement qu'il y avait divergence d'opi-

Ce raisonnement ne nous paraît pas exact. Les jurisconsultes déclarent que ces contrats ne produisent aucun effet parce que, en raison même de leur nature, ils doivent bénéficier, non au nu-propriétaire, mais à l'usufruitier, qui est ainsi censé agir avec lui-même. Il n'en est autrement que si l'esclave stipule *domino suo*, car il apparaît alors comme le représentant du nu-propriétaire. Mais, lorsque les jurisconsultes nous disent que, si l'esclave ne stipule pas *domino suo*, l'usufruitier, en acceptant ses services ou en lui prêtant, *nihil agit*, ils se placent à un point de vue général, abstraction faite du droit du pécule. Si un maître investi de la pleine propriété sur un esclave prête à celui-ci, on doit dire que *nihil agit*, et cependant il naîtra à son profit et à l'encontre de l'esclave une *obligatio naturalis*, qui pourra, le cas échéant, donner lieu à une déduction sur le pécule de cet esclave.

Julien, au fr. 37, § 3, voulait nous dire que l'usufruitier pouvait agir *de peculio* contre le nu-propriétaire, quel que soit le contrat.

Il nous semble possible de rétablir la première partie du fr. 37, § 3, sinon quant à sa forme, du moins quant à son contenu primitif. Julien y affirmait ce principe que les dettes du *servus fructuarius* envers l'un de ses maîtres pouvaient être payées sur l'*universum peculium*. Principe qui découle logiquement de la conception que se faisait Julien de la responsabilité du maître en matière d'action *de peculio*.

nions entre Julien et Papinien. Papinien, dans le texte invoqué, ne suit pas simplement le principe énoncé par Julien lui-même au fr. 25, § 5, D. 7-1, comme le croit M. Riccobono.

On pouvait, toutefois, se demander, s'il était bien juste de permettre aux maîtres de cumuler la déduction et l'action, alors que les tiers dans la doctrine de Julien, ne pouvaient pas agir *in solidum* successivement contre tous les maîtres. Mais Julien permet aux tiers de diviser leur action, à eux aussi le moyen est donné, même si ce moyen est moins bon, de poursuivre l'*universum peculium*. Julien nous disait alors, non à l'occasion d'une dette envers les tiers, mais à l'occasion d'une dette envers l'un des maîtres : « *non est iniquum, ut ex universo ejus peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur* ». Julien précisait que la nature du contrat passé entre l'usufruitier et le *servus* importait peu : « *Nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuatam ab eo acceperit* » ⁽⁸⁶⁾. L'usufruitier, en effet, n'agit pas contre le nu-propriétaire en raison d'une dette personnelle à celui-ci, il intenterait, dans ce cas, une action directe, non l'action *de peculio* ; il agit en raison d'une dette personnelle du *servus*, laquelle dette existe, quel que soit le contrat.

La phrase : *dari itaque, etc.* est la conclusion de toute une dissertation, plus ou moins longue, sur

(86) Il ne peut pas être question, ici, d'une *conductio operarum* ou d'un *mutuum conclus nominatim domino*, comme le croit M. Solazzi (Bull., t. 18, p. 258 ; en sens contraire Riccobono, *op. cit.*, p. 682). Si, Pour Julien, l'action *de peculio* ne pouvait être intentée par l'usufruitier que dans de telles limites, ou bien le jurisconsulte n'aurait rien dit, supposant sa doctrine connue, ou bien il aurait exprimé clairement sa pensée. Il mentionne spécialement ces deux contrats parce qu'on pouvait se demander s'il ne fallait pas distinguer suivant que l'esclave ait agi ou non *nominatim domino*. Il nous déclare simplement, et parce qu'il repousse cette distinction, qu'il importe peu que la créance de l'usufruitier soit née d'une *locatio operarum servi* ou d'un prêt consenti à l'esclave.

l'exercice de l'action *de peculio* entre usufruitier et nu-propriétaire ⁽⁸⁷⁾.

Papinien ne suit plus la doctrine de Julien et il refuse à l'usufruitier l'action *de peculio* contre le nu-propriétaire, lorsque la créance est née *ex re sua* ou *ex operis servi*. Nous lisons, en effet, au fr. 118 pr. D. 45-1 extrait du livre 27 des *Quæstiones* de Papinien : « ...*Hoc itaque latere fructuario servo, vel alieno qui bona fide servit, comparabitur ; servus fructuario si promittat ex re ipsius, vel alienus, qui bona fide servit emptori : nulla de peculio dabitur in dominum actio : nam in his causis domini esse intelliguntur* ». Si Papinien refuse l'action, ce n'est pas parce que le contrat n'est pas valable, comme le soutient M. Solazzi ; le contrat a donné naissance à une *obligatio naturalis servi*. Papinien nous donne clairement le motif de sa décision : « *nam in his causis domini esse intelliguntur* ». En effet, à quel titre l'usufruitier peut-il agir *de peculio* contre le nu-propriétaire ? Ce n'est pas en tant que maître de l'esclave, mais au contraire, abstraction faite de cette qualité et en tant que tiers. Papinien, à la différence de Julien, n'admettait pas que l'usufruitier puisse être considéré comme tiers *in his causis*.

VI. — Avec l'hypothèse du *servus fructuarius*, nous avons étudié celle fort voisine de l'esclave possédé de bonne foi. Peu de choses restent à dire, relativement à l'hypothèse de l'esclave soumis à deux usufruitiers

(87) Ainsi s'explique le mot *itaque* qui semblait, ici, surprenant à plusieurs auteurs.

ou possesseurs de bonne foi. Le fragment de Strasbourg nous apprend qu'Ulpien, à la différence de Julien, permettait l'exercice successif de l'action de *peculio* contre les deux usufruitiers ou possesseurs de bonne foi d'un même esclave grâce à une *in integrum restitutio*. Et, nous devons supposer que Julien se servait ici encore, à défaut de la *restitutio in integrum*, de la division libre de l'action. Le fr. 19, § 1, D. 15-1 nous apprend, en outre, qu'Ulpien obligeait le créancier à agir en premier lieu contre celui des maîtres auquel se rapportait la *causa debendi*.

Section Troisième : Cas du servus dotalis.

I. — Le *servus dotalis* pouvait lui aussi avoir un *duplicis juris peculium*. En effet, parmi les biens qu'il détenait à titre de pécule, les uns pouvaient appartenir définitivement au mari, les autres faire partie des biens dotaux ⁽⁸⁸⁾. Pendant la durée du mariage,

(88) Fr. 19, § 1, D. 15-1 (Ulpian. lib. 29 ad ed.) : « *Potest esse apud me duplicis juris peculium : ut puta servus est dotalis, potest habere peculium quod ad me respiciat, potest et quod ad mulierem, nam quod ex re mariti quæsiit vel ex operis suis, id ad maritum pertinet ; et ideo, si respectu mariti heres sit institutus vel ei legatum datum, id eum non debere restituere Pomponius scribit...* ». M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 41 suiv.), qui considère tout le § 1 du fr 19 comme une glose (peut-être même interpolée), en critique les premières paroles que nous venons de citer. Le *servus dotalis*, dit M. Beseler, appartient seulement au mari et il ne peut avoir qu'un pécule, un *peculium a marito ei concessum*. Autre, ajoute M. Beseler, est la question de savoir si le *peculium servi dotalis* ou des parties de ce pécule sont dotales, autre celle de savoir si ce que le mari acquiert par l'intermédiaire du *servus dotalis* est dotal. L'esclave dotal peut avoir un pécule concédé par la femme ou le père de celle-ci avant la constitution de dot. Les questions que M. Beseler considère comme distinctes sont liées étroitement. Pour Ulpien, le pécule peut, non seulement s'accroître, mais se constituer *ex re aliena*, indépendamment de toute concession. Or, en vertu des principes généraux, parmi les gains réalisés par l'esclave et susceptibles de constituer un pécule, les uns sont dotaux, c'est-à-dire n'appar-

les créanciers d'un tel esclave devaient nécessairement agir contre le mari, quel que soit le contrat passé. Mais cela ne faisait nul obstacle à la division du pécule en deux masses distinctes. On pouvait considérer la dette, suivant la *causa* qui lui avait donné naissance, comme frappant la partie dotale du pécule ou l'autre.

Cette manière de voir devait nécessairement conduire à limiter la condamnation du mari, poursuivi *de peculio*, à l'une ou à l'autre seulement des parties du pécule, lorsque la dette du *servus* ne les concernait pas toutes deux en même temps. Telle était, sans doute, la règle anciennement suivie. A défaut de preuve certaine, nous trouvons un bon indice en ce sens dans le fr. 19, § 1, d'Ulpien. Ulpien, en effet, très vraisemblablement en considération de la doctrine ancienne, dont il s'écarte encore ici en compagnie de Marcellus, pose très nettement dans ce texte la question de savoir

tiennent que temporairement au mari, par exemple les hérédités dévolues à l'esclave, les autres lui appartiennent définitivement, ainsi ceux provenant *ex operis servi* ou *ex re mariti*. Les mots *quod ex re mariti quæsit* visent des acquisitions provenant de biens que le *servus* détient déjà en pécule et dont le mari est définitivement propriétaire. Nous ne contestons pas cependant que cette partie du texte ait été remaniée (cf. Krüger Suppl. ; Beseler, Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 464 ; Albertario, Rendiconti Lombardo, t. 58 (1925), p. 827 ; Berger, cité par Index Interp., ad h. l.). La phrase : *et ideo scribit, etc.*, est partiellement interpolée. Les hérédités et les legs dévolus au *servus dotalis* étaient dotaux, et vraisemblablement, ni Pomponius, ni Ulpien ne tenaient compte de la volonté du testateur (pour la démonstration v. Zeitschr. citée t. 50, p. 42). Après *id ad maritum*, on s'attend à ce que le jurisconsulte nous donne un exemple du cas inverse. Ulpien ajoutait probablement : *sed si heres sit institutus vel ei legatum datum, id eum debere restituere Pomponius scribit* ».

si on doit séparer les pécules du *servus dotalis* ou en faire une seule masse au regard des tiers ⁽⁸⁹⁾ ⁽⁹⁰⁾.

II. — Marcellus et Ulpien, dans l'hypothèse qui nous occupe, comme dans toutes les autres, ont cherché à faire l'unité du pécule *duplicis juris*. Il leur était facile d'atteindre ici ce but. Les créanciers de l'esclave n'ont à faire de toute manière qu'avec un seul défendeur : le mari, et ce dernier pouvait, au moment de la restitution de la dot, retenir le montant des débours que lui avait occasionnés celle-ci ; il pouvait également, lorsqu'il était condamné *de peculio* du chef du pécule dotal, payer directement avec celui-ci. Les ju-

(89) Ulpien, après les paroles citées dans la note qui précède, continue ainsi : « *Si igitur mecum agatur ex eo contractu qui ad me respicit, utrum omne deducam quodquod debetur mihi, sive ex mea causa sive ex ea quæ ad uxorem respicit? An vero separamus causas quasi in duobus peculiis, ut et causa debiti quod petitur spectetur? ut, si quidem ex eo peculio agatur, quod ad mulierem spectat, id deducam, quod ex eo contractu debeatur, si ex eo contractu, qui ad me respicit, meum deducam?* » L'authenticité de ce passage a été contestée par M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 43). Nous ne discuterons pas les indices relevés en ce sens par M. Beseler dans la phrase : *ut, si... meum deducam?* Cette phrase n'est que la répétition inutile de la question posée précédemment, dans une forme d'ailleurs plus large. Elle a été ajoutée par les compilateurs. Dans la phrase : *si igitur... respicit?*, le mot *quodquod* n'est pas suspect, comme le croit M. Beseler. *Quod* irait moins bien. Ulpien demande si le mari peut déduire tout ce qui lui est dû à quelque titre que ce soit. Par contre, M. Beseler signale exactement comme non latine l'expression : *ex mea causa*, au lieu de *ex causa quæ ad me pertinet*. *Sive... respicit* est encore une interpolation explicative. Sa suppression rend au mot *quodquod* toute sa valeur. La phrase : *an... spectetur* nous semble classique, malgré le pluriel *separamus* signalé comme byzantin par M. Beseler. *Separamus* ne revêt pas ici l'aspect autoritaire du pluriel de majesté.

(90) Selon M. Ferrini, il résulterait du début de ce paragraphe que Pomponius était d'avis de séparer les *causæ* et les *peculia*. Cela ne se déduit nullement, en réalité, du fr. 19, § 1, même en rapportant les mots *Pomponius scribit* à ce qui suit (v. en sens contraire Mom. et Krüger, Dig. 15^e édition) : dans le passage qui suit la citation de Pomponius, la question est seulement posée, non tranchée. Mais Pomponius suivait, sans doute, la doctrine que lui attribue M. Ferrini : un raisonnement par analogie permet aisément de le déduire du fr. 2 D. 15-1 et précisément ce texte rend inadmissible l'interprétation de M. Boulard (*Salvius Julianus*, p. 291), selon lequel Pomponius aurait été le premier à réaliser l'unité du pécule du *servus dotalis*. Au reste, Ulpien cite, non Pomponius, mais Marcellus, à l'appui des solutions qu'il propose à la fin du paragraphe.

risconsultes avaient donc toute liberté pour autoriser contre le mari l'exercice d'une action *in universum peculium*. C'est ce que firent Marcellus et Ulpien, comme l'atteste, à notre sens, le fr. 19, § 1, D. 15-1.

Mais, pour qu'une action *in universum peculium* fût possible, il fallait que le pécule fût considéré dans sa totalité comme atteint par toute dette du *servus dotalis*. Or, ici, on pouvait songer à *separare causas*. Cette hypothèse est voisine de celle du *servus communis* possédant un pécule commun, en ce sens que le mari, comme le *socius*, peut, sans injustice, être condamné *in universum peculium*. Mais elle est en même temps très proche de celle du *servus fructuarius* (ou des hypothèses analogues), car le *servus dotalis* possède (ou plutôt peut posséder) en pécule deux masses de biens, distinctes par la diversité des droits auxquels elles sont soumises, et à l'une ou à l'autre desquelles peut plus spécialement se rapporter la dette. Marcellus et Ulpien se sont inspirés des règles suivies dans ces deux autres hypothèses.

C'est à dessein qu'Ulpien, au fr. 19, § 1, après avoir posé la question de l'unité du pécule du *servus dotalis*, fait une longue digression relative au *servus fructuarius*. Après nous avoir exposé l'opinion de Marcellus dans ce dernier cas et nous avoir également indiqué sa propre façon de voir, Ulpien continue ainsi : « *Sed in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio teneri. Sin autem maritus, hujus modi servi nomine, aliquid præstitit, an adversus mulierem agentem dotis nomine deducere id possit. Et ait si id, quod creditori præstitutum est, ad utrisque generis*

peculium pertinebit, pro rata utrique peculio decedere debere. Ex quo intelligi potest, si ad [alterum] <alterutrum> (Mom. ad h. l.) peculium contractus pertinebit, modo soli uxori detrahi modo non detrahi, si ad id peculium pertinuit contractus, quod apud maritum resedit » (91).

Le mari, au moment de l'action *de peculio*, est propriétaire de tout le pécule, même de la partie dotale de celui-ci. En le déclarant tenu *de peculio simpliciter*, Ulpien veut nous dire que, vis-à-vis des créanciers, il est traité comme n'importe quel autre propriétaire du pécule. L'action sera donc *in universum peculium* et le mari déduira tout ce qui lui est dû, même à titre de propriétaire momentané de la dot. Dans cette brève formule, Ulpien répond à la question posée au début du paragraphe : « *Si igitur... spectetur.* »

Une nouvelle question se pose. Si, dit Ulpien, le mari a été poursuivi de cette façon, c'est-à-dire *sim-*

(91) L'authenticité de cette partie du paragraphe a été contestée à diverses reprises. Faber (Ration., t. 3 ad h. l., Conj. 8, 14) croyait les mots : « *sed... possit* » interpolés ; MM. Erman (Z. S. S. f. R., t. 20 (1899), p. 247) et Ferrini (Archiv. Giurid., t. 64 (1900), p. 88) suppriment la première phrase : « *sed... teneri* » (v. en sens contraire Solazzi, Bull., t. 18, p. 246-251). M. Beseler, nous l'avons dit, conteste l'authenticité du § 1 tout entier (Zeitschr., citée t. 50, p. 41 suiv.). Faber déclarait inélégante l'expression : *sed in marito melius est dicere*, tandis qu'il présentait comme un indice certain d'interpolation les mots : *Sin autem*, avec lesquels commence la phrase suivante (cf. Beseler, *op. cit.*, p. 44). Ces critiques sont déjà repoussées par M. Solazzi (Bull., t. 18, p. 248).

Selon M. Beseler le mot *residere* serait interpolé dans la presque totalité des textes où on le rencontre. La suppression de la phrase : *si ad id... resedit* ne modifie en rien le sens du passage : *ex quo intelligi etc.* ; elle l'allège bien plutôt. Nous nous trouvons probablement encore en présence d'une interpolation explicative ou d'une glose. Par contre, la partie du paragraphe comprise entre *sed in marito* et *si ad id* nous semble classique. Les indices signalés en sens contraire par M. Beseler ne sont pas décisifs (*simpliciter, sin autem, hujus modi, ex quo intellegi potest*).

En ce qui concerne le fond, v. contre les objections de Faber : Solazzi, *l. c.*

pliciter de peculio, peut-il, au moment où la femme réclame la dot, déduire ce qu'il a dû payer en raison de l'action *de peculio* ? La question ne mériterait pas d'être soulevée, si le mari ne devait être condamné, suivant la nature du contrat, que dans la mesure de l'une ou de l'autre des parties du pécule. En effet, seul le pécule qui lui restera a-t-il été en cause, il n'y a pas à envisager une déduction sur le pécule dotal ; si, au contraire, c'est ce dernier qui a été pris en considération, il est bien évident que le mari, qui pouvait payer directement les créanciers avec des valeurs de ce pécule, et qui avait le droit d'en faire pour autant l'ademption, peut opérer une déduction au moment de la remise de la dot. Mais, si les deux pécules ont été confondus, dans quelle mesure devratt-on ensuite, déduire du pécule dotal le montant des dettes acquittées par le mari ? La dette est dette de tout le pécule. Ne devrait-on pas appliquer ici la règle suivie lorsque l'esclave et son pécule appartiennent à plusieurs copropriétaires ? Dans ce cas, le *socius* condamné *in universum peculium* peut exercer un recours contre l'autre associé, mais seulement dans la mesure de ce qu'il a payé au delà de sa quote-part du pécule. Si on appliquait ce principe, le mari ne pourrait opérer une déduction au moment de l'action *rei uxoriæ*, que lorsque la condamnation, prononcée contre lui, aurait dépassé la valeur du pécule non dotal. C'est alors qu'intervient le principe énoncé par Ulpien et déjà par Marcellus à l'occasion du *servus fructuarius*. On tient compte dans une certaine mesure de la cause qui a donné naissance à la dette. Celle-ci,

bien que frappant tout le pécule, ne doit atteindre que subsidiairement la partie à laquelle ne se rapporte pas le contrat de l'esclave. Marcellus décidait déjà que, si le paiement effectué par le mari se rapportait à l'un et à l'autre des pécules, on devait le leur faire supporter *pro rata*. Et Ulpien ajoutait comme une conséquence (*ex quo intelligi potest*) que le paiement était déduit du seul pécule dotal si le contrat se rapportait exclusivement à lui. Le jurisconsulte n'envisage pas ici l'hypothèse où, bien que le contrat se rapporte au mari, celui-ci avait dû payer plus que la valeur de la partie lui restant du pécule, par suite de l'existence de la partie dotale de ce pécule. Mais il est bien certain que dans ce cas le surplus de la dette devait rester à la charge de la femme. On ne pouvait guère en décider autrement si l'on n'admettait pas la séparation complète des *causæ* et des *peculia*. En effet, on en serait venu à faire supporter définitivement au mari une condamnation dépassant la valeur du pécule non dotal *rei judicatæ tempore*. La question était trop simple pour être soulevée; il n'y avait qu'à appliquer les règles suivies chaque fois qu'une condamnation *in universum peculium* était prononcée contre un parmi plusieurs maîtres.

Dans les hypothèses que nous venons de considérer comme dans celle du *servus communis*, Julien, de même que Marcellus et les jurisconsultes postérieurs, ont réalisé l'unité du pécule *duplicis juris*. Mais Julien, à la différence de ces autres jurisconsultes, ne s'est pas laissé guider par une conception juridique du pécule. Ce qui inspire ses décisions, c'est uniquement la con-

ception qu'il se fait de l'obligation du *paterfamilias* en matière d'action *de peculio*. Pour lui, le *paterfamilias* est tenu chaque fois que, le *subjectus* ayant contracté envers les tiers une obligation (civile ou naturelle), il existe un actif de pécule ; peu importe que l'acte accompli par le *servus* ait pu, en vertu des principes généraux, profiter à tel ou tel de ses maîtres. Marcellus, Papinien et Ulpien prennent en considération la nature patrimoniale du pécule. Celui-ci, comme un vrai patrimoine, est le gage général de tout créancier contractuel du *subjectus*. Mais le patrimoine peut se diviser en universalités juridiques distinctes et il en est de même du pécule. Bien que le *servus dotalis* ou *fructuarius* ait un seul pécule, celui-ci se subdivise en masses distinctes. La dette du *servus fructuarius* ou *dotalis* appartient plus spécialement à l'une de ces masses, elle ne frappe l'autre que subsidiairement.

Tandis que Julien permettait d'une façon générale au créancier du *servus plurium* d'agir *vel in partes cum singulis vel cum uno in solidum*, Marcellus et les jurisconsultes postérieurs refusaient au créancier du *servus dotalis vel fructuarius* le choix entre les défendeurs éventuels et, *a fortiori*, le droit de diviser son action.

§ III. — L'UNICITÉ DU PÉCULE DANS LES HYPOTHÈSES OÙ
L' « ALIENI JURIS » PASSE DU POUVOIR D'UN « PATERFAMILIAS » DANS CELUI D'UN AUTRE.

I. Concours entre l'action de *peculio* ordinaire et l'*actio annalis*. Les dettes contractées avant la vente de l'esclave frappent l'ancien pécule (pendant une année utile) et le pécule nouvellement acquis par l'esclave. Ce concours n'existe que depuis peu avant Julien. — II. La doctrine de Gaius et de Julien (fr. 27, § 3 D. 15-1). Ces deux jurisconsultes ne permettaient pas au créancier d'agir contre l'acheteur ou le vendeur *in universum peculium*, ni d'agir successivement contre l'un et l'autre, *resciso superiore iudicio*. Ils lui permettaient d'agir contre l'un pour la totalité de la dette (le défendeur n'étant condamné que dans la mesure du pécule lui appartenant) ou de diviser sa créance et d'agir simultanément contre l'acheteur et le vendeur. — Interpolation du fr. 11, § 8 D. 15-1. — III. La doctrine d'Ulpien, de Paul et de Proculus (fr. 30, § 5; 47, § 3 D. 15-1). Ces jurisconsultes permettaient au créancier d'agir successivement contre l'acheteur et le vendeur *resciso superiore iudicio*. Proculus et Paul refusaient au créancier le droit de diviser sa créance et d'agir simultanément contre l'acheteur et le vendeur. Motif de ce refus. — IV. Le règlement des dettes de l'esclave envers l'acheteur et le vendeur.

I. — L'*alieni juris* (fils ou esclave) peut de diverses manières passer du pouvoir d'un *paterfamilias* dans celui d'un autre : si c'est un fils de famille, par adoption, vente ou abandon noxal; si c'est un esclave, par abandon noxal et, d'une manière générale, par tous les actes comportant transfert de la propriété.

Nous ne nous occuperons ici que de l'hypothèse de vente d'un esclave; c'est, en effet, la seule sur laquelle les sources contiennent des renseignements précis; les autres lui sont simplement assimilées par les jurisconsultes, en ce qui concerne le concours de l'action de *peculio* ordinaire et de l'action *annalis* (1).

(1) V. fr. 47, § 6, D. 15-1 (Paul, *lib. 4 ad Plautium*) : « *Quæ diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis*

Lorsqu'un esclave est vendu *sine peculio*, il peut, pendant l'année utile et au regard des tiers, avoir deux pécules ; l'ancien pécule, resté aux mains du vendeur et soumis à l'action *annalis*, celui acquis *post venditionem*. Il y eut pendant longtemps une cloison étanche entre ces deux masses. Les dettes contractées antérieurement à la vente ne pouvaient alors donner lieu qu'à l'action *annalis* ; elles étaient exclusivement dettes de l'ancien pécule (2). Peu avant Julien, on admit que l'action *de peculio* pourrait être intentée, même *ex ante gesto*. Il y eut dès lors concours entre l'action *annalis*, donnée contre le vendeur, et l'action *de peculio* donnée contre l'acquéreur (3).

La dette antérieurement contractée ne frappe plus exclusivement l'ancien pécule, mais le nouveau et d'égale façon. Aucun indice, en effet, ne nous révèle l'existence, ici, d'une règle analogue à celle suivie par la plupart des jurisconsultes dans l'hypothèse du *servus fructuarius*, et aux termes de laquelle celui des

genere dominium mutuatum sit, ut legato, dotis datione, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur, ubicumque esset. » Karlowa, R. R., t. 2, p. 1151, voit une opposition entre le fr. 47, § 6, cité, et le fr. 1, § 7, D. 15-2. Mais ces deux fragments sont, en réalité, relatifs à des hypothèses différentes et n'ont pas trait à la même question. Au fr. 1, § 7. Ulpien et les jurisconsultes cités par lui cherchent contre qui doit être donnée l'action *annalis* lorsque l'esclave est légué *cum peculio* ; au fr. 47, § 6, Paul s'occupe du concours entre l'action *annalis*, qui menace l'héritier, et l'action *de peculio*, dont est passible le légataire de l'esclave (légué *sine peculio*). V. Solazzi, Bull., t. 17, p. 229, n. 2.

M. Beseler, Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 63, considère tout le § 6 du fr. 47 comme une interpolation, mais sans faire valoir d'arguments spéciaux en ce sens.

(2) V. la formule de Julien au fr. 37, § 2, D. 15-1 : « ...*postquam placuit, alienato homine, permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere* ». Tandis que le vendeur, en vertu de l'édit, était passible de l'action *annalis de peculio*, les jurisconsultes, peu avant Julien, permirent aux créanciers antérieurs d'agir contre l'acquéreur (cf. fr. 27, § 2, D. 15-1).

(3) Fr. 27, § 2, D. 15-1.

maîtres, *ad quem res non pertinebat*, n'était que subsidiairement tenu. Les jurisconsultes, qui admettent ce concours d'actions, semblent tous avoir autorisé le créancier à intenter, à son choix, l'action *de peculio* ou l'action *annalis*.

II. — Mais le créancier n'a-t-il jamais eu que le choix entre ces deux actions, ou bien lui a-t-on permis de cumuler les moyens et de se faire payer, pour la même dette, à la fois sur l'ancien et sur le nouveau pécule ?

Les jurisconsultes devaient désirer ici, pour les mêmes raisons que dans les autres hypothèses déjà envisagées, donner au créancier la satisfaction la plus complète. On a soutenu que Julien et Gaius, à la différence d'Ulpien, permettaient au créancier d'intenter contre l'acheteur ou le vendeur une action *in univsum peculium* (4). Il est, en effet, possible de songer à un recours entre ces maîtres successifs de l'esclave au moyen des actions nées du contrat de vente. Mais il faut croire que l'utilisation de ces actions, dans ce but, n'allait pas sans soulever de sérieuses difficultés, car Ulpien, qui certes devait autant que Julien chercher l'intérêt des créanciers, n'ose pas s'en servir.

Mais cette théorie ne peut pas être admise ; elle repose, en grande partie, sur une interprétation inexacte du fr. 27, § 3, D. 15-1. Gaius, après avoir men-

(4) Keller, *Litis Contestatio*, p. 558 ; Dietzel, *Bekkers Jahrbuch*, t. 2, p. 39 ; Bekker, *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. 4, p. 513-514 ; Naber, *op. cit.*, p. 284. V. en sens contraire : Mandry, *Z. f. R.*, t. 8, p. 404 suiv ; Solazzi, *Bull.*, t. 17, p. 212, n. 1 ; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 259.

tionné au paragraphe précédent l'existence d'un concours entre l'action de *peculio* qui compète contre l'acquéreur de l'esclave et l'action *annalis* qui compète contre le vendeur, continue en ces termes au paragraphe 3 : « *Illud quoque placuit, quod et Julianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum* ». L'expression *agere in solidum* vise-t-elle ici une action *in univsum peculium* ? Certainement non. Telle n'était pas la signification technique de l'expression et ce sens est d'autant moins admissible ici, que *in solidum agere* est opposé à *in partes agere*.

M. Naber (5) invoque encore, en faveur de la théorie que nous combattons, le fr. 37, § 2, h. t., auquel il apporte différentes modifications, qui en changent complètement le sens. Il échange au début du texte *Titio* avec *Sempronio* et il supprime la dernière phrase : *postquam placuit etc...* A son avis, lorsqu'un *servus communis* était aliéné, avec la disparition de la copropriété sur l'esclave, s'éteignait tout recours entre les anciens *socii* : d'où cette conséquence, si le créancier agit contre l'ancien associé, on ne tiendra pas compte du pécule resté auprès du vendeur. Mais selon M. Naber, un recours existait entre l'acheteur et le vendeur grâce à l'action *empti venditi*, et, dans l'action intentée contre l'un d'entre eux *intra annum*, on tenait compte du pécule appartenant à l'autre. Pour que les rectifications apportées au fr. 37, § 2, par M. Naber ne puissent pas être considérées comme arbitraires, il faudrait établir que réellement aucun re-

(5) *Op. cit.*, p. 284, n. 5.

cours n'existait entre les anciens associés après la vente. Cela est loin d'être prouvé. Les jurisconsultes devaient, ici, accorder aux *socii* au moins l'action *communi dividundo* utile qu'ils prévoient spécialement en cas de perte du pécule. D'ailleurs la phrase : *postquam placuit*, qui termine le fr. 37, § 2, ne rend pas possible l'interprétation de M. Naber. Or, cette phrase doit être conservée, nous en avons indiqué ailleurs les raisons (6).

En réalité, Julien, de même qu'Ulpien, n'admettait pas l'exercice d'une action *in universum peculium* contre l'acheteur ou le vendeur. Une excellente preuve nous en est donnée par le fr. 13 D. 15-1. Ce texte est la continuation du fr. 11, § 9. Au § 9 du fr. 11, Ulpien nous dit que le *socius* poursuivi *de peculio* peut déduire du pécule commun, non seulement ce qui est dû à lui-même, mais encore ce qui est dû à ses *socii*. Il cite en ce sens une *sententia* de Julien : « *Et ita Julianus lib. 12 Digest. scribit: nam qua ratione in solidum alteruter convenitur, pari ratione deducere eum oportet quod alteri debetur: quæ sententia recepta est* » (7). La condamnation *in universum peculium* et la déduction *in solidum* ne vont jamais l'une sans l'autre; tel est le principe énoncé par Ulpien et Julien. Chaque *socius* pourra déduire ce qui est dû à ses co-associés parce qu'il peut être condamné *in universum peculium*. Au fr. 13, Ulpien ajoute : « *Sed in emptore, et venditore vera non est ; item in fructuario, et pro-*

(6) V. *supra*, p. 296, n. 4.

(7) Sur les altérations dont ce texte a pu être l'objet, v. paragraphe précédent, note 10.

prietario, et cæteris, qui non sunt socii; et in domino, et bonæ fidei emptore : nam et Julianus libro duodecimo scribit, neutrum horum deducere id quod alteri debetur ». L'acquéreur et le vendeur ne pourront jamais déduire que leurs propres dettes, parce que chacun d'eux ne peut être poursuivi que dans la mesure du pécule qui lui appartient. Sur ce point il y a accord entre Ulpien et Julien. Dans la citation de Julien les mots *neutrum horum* se rapportent à tous les défendeurs éventuels énumérés auparavant. Si Ulpien au début de ce texte nous dit que la *sententia* de Julien *vera non est in emptore et venditore*, il veut simplement nous dire qu'elle ne trouve pas ici application ⁽⁸⁾, c'est-à-dire que, dans ce cas, il n'y a ni action *in universum peculium*, ni déduction *in solidum*. Julien était de cet avis comme le montre le reste du passage.

Au fr. 27, § 3, Julien et avec lui Gaius ne peuvent nous dire qu'une chose, c'est que le créancier a la liberté d'agir contre un défendeur pour la totalité de sa créance ou de diviser son action et d'agir simultanément contre les deux maîtres successifs de l'esclave.

MM. Levy et Guarneri-Citati ⁽⁹⁾ ont soutenu que la division de l'action n'était pas possible dans cette hypothèse. Julien, selon eux, aurait suivi la même doctrine qu'Ulpien et aurait permis l'exercice successif de l'action *de peculio* ordinaire et de l'action *annalis* grâce à une restitution *in integrum*. Pour écarter l'argument contraire qui découle logiquement du

(8) Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 248.

(9) Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 262 suiv. ; Guarneri-Citati, *op. cit.*, p. 76-77.

fr. 27, § 3, M. Levy déclare que la formule de Julien ne s'appliquait pas au cas spécial auquel elle semble se rapporter dans la Compilation et que Julien lui-même devait préciser qu'il en était autrement dans ce cas. M. Guarneri-Citati soutient l'interpolation de ce texte ⁽¹⁰⁾. Aucun obstacle juridique ne pouvait, en réalité, s'opposer à la division de l'action. Si Proculus et Paul l'interdisent, c'est, nous le verrons, pour une raison d'opportunité et parce qu'ils peuvent offrir au créancier un moyen bien plus avantageux pour lui : l'exercice cumulatif de l'action *de peculio* ordinaire et de l'action *annalis*.

M. Levy invoque, en faveur de son interprétation du fr. 27, § 3, les pluriels *creditoribus*, *singulis*. A son avis, si Julien n'avait envisagé dans notre texte que l'hypothèse considérée au § 2, il aurait employé le singulier (*creditori*, *altero-altero*). Il est fort possible, et même probable, que Julien se soit placé à un point de vue plus général que ne le laisse croire la compilation. Il pouvait envisager toutes les hypothèses de concours entre plusieurs actions *de peculio* (ordinaires ou annales). Julien, qui n'admettait pas l'exercice *succes-*sif des actions, permettait au créancier, dans toutes ces hypothèses, de diviser ses poursuites. L'adverbe *omnimodo* peut révéler la portée générale de la maxime énoncée par Julien, mais n'appelle pas nécessairement une opposition entre ce principe et une exception comme le pense M. Levy.

Il convient d'examiner maintenant si le fr. 27, § 3,

(10) *L. c.*

n'a pas été interpolé. Les arguments invoqués en ce sens par M. Guarneri-Citati ne sont pas convainquants. Seul le mot *omnimodo* pourrait faire naître quelques doutes ; à lui seul il ne constitue pas une preuve suffisante de l'interpolation. M. Guarneri-Citati s'étonne que Gaius puisse nous dire : « *placuit... permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum* ». Seule une de ces deux procédures, pense-t-il, a pu être permise après coup au créancier, l'autre lui était ouverte de plein droit. Mais l'objection est trop subtile. Gaius veut nous dire que l'on a permis au créancier d'agir à sa guise, ou bien *in partes cum singulis*, ou bien *cum uno in solidum* ; la concession faite au créancier consiste dans le choix, à lui donné, entre deux procédures, tandis qu'une seule lui était auparavant ouverte.

Julien, par contre, ne permettait pas l'exercice successif de l'action *de peculio* et de l'action *annalis*. Nous ne croyons pas que l'on puisse invoquer en sens contraire le fr. 11, § 8, h. t. (Ulpianus *lib. 29 ad edictum*). Ulpien nous dit ici de Julien : « *Idem scribit, si quis servum, cujus nomine de peculio habebat actionem, comparasset, an possit deducere quod sibi debetur, quoniam adversus venditorem habeat actionem de peculio ? Et recte ait posse : nam et quivis alius potest eligere, utrum cum emptore an cum venditore ageret : hunc igitur eligere pro actione deductionem. Nec video, quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio* ». On justifie ici le droit pour l'acquéreur de déduire du pécule de

l'esclave ce que celui-ci lui devait avant la vente. Le texte énonce un motif de droit. Puisque n'importe qui, est-il dit, peut choisir entre l'action *de peculio*, qui compète contre l'acquéreur, et l'action *annalis*, qui compète contre le vendeur, le nouveau maître, qui a à sa disposition l'action *annalis* et le *jus deductionis*, peut, s'il le préfère, choisir ce dernier moyen. De quoi se plaignent les créanciers, ajoute le texte ; aucun tort ne leur est causé, puisqu'ils peuvent agir contre le vendeur, s'ils pensent pouvoir obtenir quelque chose de lui. Le texte étant supposé exact, il faut voir ici une allusion à la restitution *in integrum*. Les déductions du pécule s'effectuent après la *litis contestatio*. Le tiers, qui a poursuivi l'acquéreur, a déjà déduit la totalité de son droit. On ne peut l'inviter à agir contre le vendeur, que si on admet la rescision de la première *contestatio litis*. Supposons pour le moment que ce texte soit classique. La citation de Julien s'arrête nécessairement à *deductionem*. Ulpien, en effet, emploie le discours indirect pour citer ce jurisconsulte ; dans la phrase suivante nous trouvons le discours direct (*nec video*). Nous devrions dire alors, avec M. Solazzi ⁽¹¹⁾ que, tandis que Julien mentionnait la faculté donnée au créancier de choisir son défendeur ; Ulpien, seul, faisait allusion à la restitution *in integrum*. Notre texte ne ferait ainsi que confirmer la réalité des doctrines que nous avons attribuées à Julien et à Ulpien. Julien, en effet, permet au créancier d'agir *vel in partes cum singulis vel cum uno in solidum*, Ulpien

(11) Bull., t. 17, p. 226.

lui permet d'agir contre l'acheteur et le vendeur, *rescisso superiore iudicio*. M. Guarneri-Citati s'est nettement prononcé contre cette interprétation. Si vraiment, dit-il, Ulpien avait eu une opinion aussi différente de celle de Julien, pourquoi aurait-il fait semblant de suivre Julien et n'aurait-il pas opposé nettement sa propre façon de voir ⁽¹²⁾ ? L'objection est facile à écarter. Julien et Ulpien sont d'accords, en ce qui concerne le principe, ici énoncé; Ulpien pouvait renforcer celui-ci par un argument nouveau, encore sans valeur pour Julien, et cela, sans être contraint d'exposer pour quel motif Julien ne l'avait pas invoqué.

Mais, à notre sens, une grande partie du fr. 11, § 8, provient d'additions faites au texte d'Ulpien. La démonstration *nam...* est une glose, la proposition subordonnée *quoniam* une interpolation ⁽¹³⁾.

La phrase : *nam... deductionem* contient une erreur. Les jurisconsultes nous disent, d'après la Compilation, que l'acquéreur peut choisir entre l'action *annalis* et la déduction, ce qui est faux. En effet, Gaius,

(12) *Op. cit.*, p. 75, en note.

(13) M. Guarneri-Citati, *l. c.*, supprime déjà dans ce texte la phrase : *hunc... deductionem*, comme étant une glose ou une interpolation, et les mots : *si quid forte, etc.*, comme constituant une interpolation. M. Beseler, *Z. S. S. f. R.*, t. 50 (1930), p. 61, efface la phrase : *nam et quivis... in peculio*. Par contre, M. Beseler conserve l'explication : *quoniam... de peculio* ? et il apporte à la première partie du texte les rectifications suivantes : « *Idem <quærit> [scribit], si quis <emerit> servum, cuius nomine de peculio habebat actionem, [comparasset,] an <non> possit deducere quod sibi debetur, quoniam adversus venditorem habet actionem de peculio ? et recte ait, <non> pose [: nam...]* ». On peut admettre la substitution de *quærit* à *scribit*, de *emerit* à *comparasset*, mais l'insertion des deux *non* est inadmissible. Julien considérait la dette de l'ancien pécule comme étant également, dette du nouveau et il devait permettre à l'acquéreur de déduire ce qui lui était antérieurement dû, de même qu'il autorisait les tiers à agir pour un *ante gestum* contre l'acquéreur.

au fr. 27, § 6, et Paul, au fr. 47, § 4, h. t., nous enseignent que l'acquéreur, dans l'action qu'il intente contre le vendeur, doit déduire de sa créance le montant du pécule que l'esclave a auprès de lui ⁽¹⁴⁾; doctrine déjà implicitement admise par Africain ⁽¹⁵⁾. Julien et Ulpien qui admettent une règle identique dans les rapports entre usufruitier et nu-proprétaire, ne devaient pas avoir sur ce point une opinion différente de celle d'Africain, de Gaius et de Paul. L'acquéreur ne peut donc agir contre le vendeur que *in superfluum*. Il n'a pas le choix entre la déduction et l'action, et cela aussi bien pour Julien que pour Ulpien; il doit d'abord déduire et n'intenter l'action *annalis* que si quelque chose lui reste dû encore.

La phrase : *nec video etc.*, qui n'est pas d'un excellent latin, n'émane pas non plus d'un jurisconsulte classique. Était-il donc nécessaire de faire appel à tant de raisons pour justifier le droit de déduction de l'acquéreur ? A l'époque d'Ulpien, ce droit ne pouvait être contesté et certainement ce n'était pas pour Julien la faculté laissée à l'acquéreur

(14) Fr. 27, § 6 (Gaius, lib. 9 ad ed. prov.) : « *In venditorem autem dumtaxat intra annum post reemptionem numerandum de eo, quod adhuc alieno (s. e. servo) crediderim, dandum esse mihi actionem existimat deducto eo, quod apud me peculii servus habebit* ». — Fr. 47, § 4 (Paul. lib. 4 ad Paut.) : « *Non tantum autem quivis creditor cum venditore ex ante gesto agere potest, sed et ipse emptor idque et Juliano videtur, quamvis et deducere ipse potest adversus alium agentem. dum tamen id, quod apud se habet, computet* ». M. Beseler supprime tout le paragraphe 6 du fr. 27 (Z. S. f. R., t. 50 (1930), p. 62) et, au § 4 du fr. 47, la phrase : *quamvis... computet* (op. cit., p. 63). L'auteur pense, en effet, que l'acquéreur ne pouvait pas déduire ce qui lui était dû avant la vente. Mais la suppression du § 6, fr. 27, comme la correction faite au § 4 du fr. 47, sont arbitraires et la théorie de M. Beseler, contredite par tout un ensemble de décisions, ne trouve dans les textes aucun point d'appui.

(15) Frt. 38, § 3, D. 15-1.

d'agir *de peculio* contre le vendeur qui faisait naître les doutes.

Selon M. Solazzi ⁽¹⁶⁾, le doute provenait ici de la règle énoncée par Ulpien au fr. 11, § 6, h. t.: « *Quod autem deduci debere diximus id quod debetur ei qui de peculio convenitur, ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit* ». Le jurisconsulte, à supposer que ce soit lui qui parle, ne nous dit pas que le maître ne peut opérer la déduction qu'à défaut de tout autre moyen; interprétation rendue impossible par le parfait *potuit* ⁽¹⁷⁾. Ou bien ce passage, réellement extrait du livre 29 *ad edictum* d'Ulpien, avait trait à quelque hypothèse spéciale, non mentionnée dans la compilation; ou bien c'est une explication plus ou moins adroite, que les compilateurs ont cru bon d'intercaler dans un long fragment d'Ulpien relatif au *jus deductionis*.

Le droit de déduire la dette antérieure à la vente n'a été accordé qu'après coup à l'acquéreur, déjà muni de l'action *annalis*. Les créanciers de l'esclave vendu (y compris l'acquéreur), dont la créance était née antérieurement à la vente, n'avaient anciennement à leur disposition que l'action *annalis*. A une certaine époque, on a permis à l'acquéreur de déduire sa créance du pécule nouvellement acquis par

(16) Bull., t. 17, p. 225.

(17) Cette interprétation, au reste, mettrait ce passage d'Ulpien en flagrante contradiction avec les textes relatifs à l'exercice de l'action *de peculio* entre les maîtres non *socii* d'un même esclave. Dans ces textes il est dit que le maître demandeur ne peut agir que déduction faite du pécule que l'esclave a auprès de lui. Si le maître ne pouvait recourir à la déduction qu'à défaut de tout autre moyen il devrait intenter l'action *de peculio* pour ne déduire du *peculium quod apud eum est* que le restant non soldé de la dette.

l'esclave, aux autres créanciers, d'agir *de peculio* contre l'acquéreur. Or, il semble résulter du fr. 27, § 2, h. t. de Gaius, qu'à ce moment, on avait objecté que l'action *annalis* devait suffire aux créanciers, sans qu'il soit encore nécessaire de leur accorder l'action *de peculio* contre l'acquéreur ⁽¹⁸⁾. Mais la même objection ne pouvait pas être faite pour le *jus deductio-nis*.

De deux choses l'une, ou bien les deux pécules de l'esclave forment des *peculia* complètement distincts, de telle sorte que les dettes antérieures à la vente, même si elles ont été contractées envers le futur acquéreur, demeurent tout à fait étrangères au pécule nouvellement acquis : elles ne peuvent alors donner lieu qu'à l'action *annalis*; ou bien, ces dettes frappent le nouveau pécule ; celles envers l'acquéreur doivent être déduites du pécule que l'esclave a auprès de celui-ci, conformément aux principes généraux. Tout au plus aurait-on pu se demander si, en présence du droit pour l'acquéreur de déduire ce qui lui était dû, il était bon de laisser encore à sa disposition l'action *annalis* ⁽¹⁹⁾.

A une époque, où la dette du pécule frappait le *paterfamilias*, non pas d'une façon médiate, mais directement, cette dette ne pouvait suivre l'esclave et être l'occasion, le cas échéant, d'une déduction sur son nouveau pécule. Il y avait un rapport d'obligation, non entre l'acquéreur et l'esclave, qui n'était alors même pas tenu naturellement, mais entre l'ac-

(18) Solazzi, Bull., t. 17, p. 224.

(19) Cf. fr. 47, § 4, D. 15-1.

quéreur et le vendeur. Cette ancienne doctrine fut définitivement abandonnée avec la formation de la notion d'*obligatio naturalis*. Pour Julien, ce qui justifie la déduction et l'action de *peculio* c'est l'*obligatio naturalis* du *subjectus*. Julien devait être amené à énoncer cette règle toute nouvelle que l'acquéreur pouvait déduire du pécule, postérieurement concédé à l'esclave, ce que ce dernier lui devait avant la vente. Ulpien nous disait simplement au fr. 11, § 8 : « *Idem scribit, si quis servum, cujus nomine de peculio habebat actionem, comparasset, an possit deducere quod sibi debetur ? Et recte ait posse* ». Le glossateur, qui a étudié ce texte, n'a pas compris le motif historique de la question. Il a cru que le doute provenait de ce que l'acquéreur avait déjà à sa disposition l'action *annalis*. Il complète la brève réponse de Julien par ce raisonnement inexact : « *nam et quivis alius...* » ; puis, il se place au point de vue de l'équité : « *nec video etc.* ». Les compilateurs ont de bonne foi tout transcrit au Digeste. Mais la glose les a trompés et les a incités à préciser la pensée qu'ils croyaient celle de Julien par les mots : « *quoniam adversus venditorem habebat actionem de peculio* ».

III. — Ce texte, ainsi réduit, ne nous révèle pas la doctrine suivie par Ulpien en cas de concours entre l'action de *peculio* ordinaire et l'action *annalis*. Nous n'avons pas grand peine à la découvrir. Ulpien se servait de l'*in integrum restitutio* dans des hypothèses analogues ; au fr. 30, § 5, D. 15-1, il nous apprend assez clairement que le créancier pouvait agir successi-

vement contre l'acquéreur et le vendeur, *rescisso superiore judicio* ⁽²⁰⁾.

Dans l'hypothèse, dont nous nous occupons maintenant, comme dans celles précédemment envisagées, Ulpien n'est pas le premier à avoir songé à l'*in integrum restitutio*. Il suit tout simplement une doctrine déjà bien établie à son époque. En effet, Paul nous apprend lui aussi au fr. 47, § 3, D. 15-1 que le créancier peut agir contre l'acheteur ou le vendeur *in solidum*, puis, *rescisso superiore judicio*, contre l'autre *in superfluum*. Ce même fragment nous apprend que telle était déjà la façon de voir de Proculus. Si nous ne connaissions pas par ailleurs l'originalité et la hardiesse pour l'époque des vues de Proculus en matière de pécule, nous pourrions nous étonner de voir un juriste aussi ancien admettre le concours de l'action *de peculio* ordinaire et de l'action annale et consacrer l'unité des pécules successivement tenus par l'esclave. Mais Proculus ne considérerait plus l'obligation adjectice du *paterfamilias* que comme une charge légale et il faisait du pécule un attribut de la personne en puissance ⁽²¹⁾. Il pouvait et devait même admettre l'« unicité » du pécule.

Le fragment 47, § 3, nous ménage encore une surprise. Proculus et Paul n'y refusent-ils pas au créancier le droit de *dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur* ?

(20) M. Beseler, Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 62, tient ce paragraphe pour entièrement interpolé, mais n'invoque aucun argument en ce sens.

(21) V. *supra*, p. 296 suiv.

Ce fr. 47, § 3, a été l'objet d'interprétations diverses, et l'on a cru y découvrir des interpolations plus ou moins importantes. Dans la Compilation, ce texte est rédigé ainsi (Paul. *lib. 4 ad Plaut.*) : « *Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiat* : *satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc jure utimur* ». *Competere* doit être remplacé par : *dandam esse*, comme le pense un très grand nombre d'auteurs (22), peut-être faut-il également substituer *rescissorium* à *utile* comme le croit M. Levy (23). Les autres corrections proposées nous semblent non fondées. Les interpolations soutenues par MM. Lusignani et Ferrini ont été repoussées déjà par MM. Erman, Solazzi et Levy (24). Nous devons examiner plus spécialement les rectifications récemment proposées par M. Beseler.

(22) V. en ce sens : Erman, *Z. S. S. f. R.*, t. 20 (1899), p. 245 ; Solazzi, *Bull.*, t. 17 (1905), p. 243 suiv. ; Levy, *op cit.*, t. 1, p. 261 ; Krüger, *ad h. l.* et Betti, selon *Index Interp.*

(23) Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 261. M. Ferrini, *Z. S. S. f. R.*, t. 21 (1900), p. 198, et *Arch. Giurid.*, t. 64 (1900), p. 92, substitue *annalem formulam* à *utile iudicium*.

(24) Lusignani (selon *Index Interp.*) insérerait *non* devant *competere* et supprimerait toute la fin du texte depuis *sed* (en ce sens également Bonfante, *Ist.*, p. 135). M. Ferrini (*Zeitschr.*, citée p. 198, et *Arch.*, citée p. 92) croit que la restitution *in integrum* était ici accordée en considération d'une erreur légitime commise par le demandeur ; aussi introduit-il après *enim esse* les mots : *si justa fuerit causa erroris*. Il remplace également *rescisso superiore iudicio* par *rescissa superiore formula*, et *cum electo reo* par *cum electo altero nihil vel...* V. en sens contraire : Erman *Mélanges Appleton*, p. 247 suiv., 251 suiv. ; Solazzi, *Bullet.*, t. 17, p. 243 ; Levy, *op cit.*, t. 1, p. 261. M. Erman, *Z. S. S. f. R.*, t. 20 (1899), p. 245, supprime les mots : *et hoc jure utimur*, mais v. en sens contraire Solazzi et Levy, *ll. cc.*

Après avoir donné dans ses Beiträge⁽²⁵⁾ une interprétation quelque peu différente du texte de Paul, M. Beseler pense, actuellement⁽²⁶⁾, que le jurisconsulte avait écrit : « *Si creditor servi ab emptore < tantum sit > [...] consecutus, < quantum in peculio erat, > [...] in reliquum in venditorem [...] iudicium < dandum non esse > Proculus ait [, sed-fin.]* ». L'emploi courant du *rescissorium iudicium*, dans notre hypothèse, n'est pas une innovation byzantine, comme le soutient assez étonnamment M. Beseler⁽²⁷⁾. Le fragment de Strasbourg est un texte classique et sa comparaison avec le passage correspondant du Digeste nous montre que les compilateurs ont effacé la mention du *rescissorium iudicium*. Pouvons-nous contester, dans ces conditions, l'authenticité d'un texte, où il est fait par deux fois allusion à ce *rescissorium iudicium* ? On doit plutôt penser que ce texte est un de ceux qui ont échappé à l'attention des compilateurs, ou du moins que ceux-ci se sont bornés à faire les deux modifications que nous avons signalées et qu'ils ont omis de modifier la phrase : *Sed... utimur*. Selon M. Beseler, l'acheteur, dans l'hypothèse envisagée par Proculus et Paul, a

(25) M. Beseler, dans Beiträge, t. 4, p. 281, corrigeait ainsi le texte de Paul : « *Si creditor servi cum emptore egerit, adversus venditorem eum agere non posse Proculus ait, sed re integra posse eum dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur : et hoc jure utimur* ». En ce qui concerne l'exercice successif de l'action *rescisso superiore iudicio*, v. ce qui sera dit au texte. M. Beseler, pour justifier les corrections qu'il fait à la phrase *sed...*, nous dit simplement que Proculus songeait à une créance pour prêt et que celle-ci pouvait être facilement divisée. L'argument est sans valeur si on admet avec nous que Proculus interdisait pour une raison d'opportunité la division de la créance, bien que celle-ci fût possible en fait et selon les principes généraux du droit romain.

(26) Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 63-64.

(27) Beiträge, t. 4, p. 281.

payé *sine judicio*; et il a payé, non parce qu'il était obligé envers le créancier, mais parce qu'il était tenu envers le vendeur d'acquitter la dette à sa place. C'est une simple conjecture, d'ailleurs inadmissible. A l'époque de Paul, tous les jurisconsultes admettaient l'exercice de l'action *de peculio* contre l'acheteur *ex ante gesto*. M. Beseler ne s'en tient pas d'ailleurs rigoureusement à la rédaction proposée. Paul, à son avis, pouvait avoir écrit : « *Si creditor servi ab emptore partem debiti sit consecutus, in reliquum in venditorem utile* (dans le sens de utilisable) *esse judicium Proculus ait: sed in computando peculio id quod emptor solverit deduci oportere: et hoc jure utimur* ». Cette lecture est encore moins acceptable que la première. Si le créancier a déjà reçu un paiement partiel, la dette naturelle du *servus* est en partie éteinte. Il n'y a pas à tenir compte du paiement dans l'évaluation du pécule. Le créancier ne pouvait agir que pour le surplus de la dette, sous peine de commettre une *plus petitio*. Ajoutons qu'aucun des indices de forme signalés par M. Beseler contre l'authenticité du texte n'est décisif ⁽²⁸⁾.

(28) Les mots *esset partem consecutus* paraissent à tort suspects à M. Beseler. L'auteur signale encore l'emploi du mot *actori* pour *creditori*. Mais le *creditor* est en même temps *actor* et les deux termes pouvaient être employés ici indifféremment par les jurisconsultes. Le mot *simul* étonne M. Beseler (« Weshalb wird hier gerade Gleichzeitigkeit vorgestellt ? »). Il s'explique à notre sens aisément. Etant donné la faculté pour le créancier d'agir successivement *in solidum creditum* contre l'acheteur et le vendeur, la division de la créance ne se comprendrait que si le demandeur agissait simultanément contre les deux défendeurs. *Satis... tribui* apparaît à M. Beseler comme une façon de parler byzantine (« byzantine Redeweise »). Mais aucun des mots employés dans cette phrase l'est avec un sens impropre. Tout au plus peut-on trouver cette phrase un peu lourde (Solazzi, Bull., t. 17, p. 243, n. 4). Sur *satis... consecutus*, M. Beseler remarque : « weshalb diese sonderbare Beschränkung ? wem nützt sie ? ». Mais précisément, c'est parce que la division de la créance n'a pas grand

Il faut admettre, en réalité, l'origine classique des règles énoncées au fr. 47, § 3. Proculus et Paul permettaient au créancier d'agir *in solidum* contre l'acheteur ou le vendeur, puis, *resciso superiore iudicio*, contre l'autre, mais inversement ils lui refusaient le droit de diviser sa créance et d'agir simultanément contre les deux maîtres successifs de l'esclave.

Pour quel motif, Proculus et Paul interdisaient-ils la division de la créance ? L'interdisaient-ils seulement en cas de concours de l'action *de peculio* ordinaire et de l'action *annalis* ?

M. Ferrini soutenait qu'aucun jurisconsulte n'aurait pu s'arroger le pouvoir d'interdire la division de l'action, division rendue possible, d'une manière générale, par les principes du droit romain. Mais, ici, un obstacle provenant des formules des actions *de peculio* ordinaire et annale aurait rendu impossible l'exercice simultané de ces actions. M. Levy (29) s'est efforcé de rechercher quel pouvait être cet obstacle. L'incompatibilité des formules provient, selon M. Levy, de ce que l'une des actions suppose la continuation d'un état de fait détruit par l'acte qui fonde l'autre action. On permet au créancier, ajoute M. Levy, de s'en tenir à l'ancien état de droit pendant l'année qui suit la vente, ou bien, s'il lui plaît, de se placer sur le terrain du nouvel état de choses ; mais il aurait été illogique et inélégant de l'autoriser à exercer

intérêt pour le créancier, si on permet à celui-ci d'agir successivement contre chaque maître, qu'on l'interdit. Enfin, l'absence des mots *quam ei debebatur*, après *consecutus*, soulignée par M. Beseler, n'a rien de choquant.

(29) *Op. cit.*, t. 1, p. 262 suiv.

en même temps les deux moyens. M. Solazzi ⁽³⁰⁾ signalait déjà cet obstacle, sans lui ajouter d'ailleurs autant d'importance que M. Levy; il remarquait, en outre, que la division volontaire de l'action n'était discutée que dans notre hypothèse. A supposer que cet obstacle juridique à la division de la créance ait existé, il faudrait croire qu'il était de peu de poids, puisque Gaius et Julien n'en tenaient aucun compte ⁽³¹⁾. Ces jurisconsultes, nous le savons, permettaient au créancier d'agir à sa guise *vel in partes cum singulis vel cum uno in solidum* ⁽³²⁾. Mais nous ne voyons pas en quoi il est plus illogique et plus inélégant de permettre au créancier d'agir simultanément contre l'acheteur et le vendeur, que de l'autoriser à agir contre eux successivement. Dans un cas comme dans l'autre, le créancier invoquera, tantôt une situation de fait, tantôt une autre. Du moment que le créancier peut cumuler les moyens, peu importe que l'exercice des actions soit successif ou simultané.

Enfin, contrairement à ce qui est affirmé par M. Solazzi, la question de la division de l'action ne s'est pas uniquement posée dans l'hypothèse de vente d'un esclave *sine peculio*. Le fr. 27, § 3, énonce très vraisemblablement une règle générale bonne dans tous les cas de concours entre plusieurs actions *de peculio*

(30) M. Solazzi soutient que la division de la créance était interdite par Proculus seulement en cas de concours entre l'action *de peculio* et l'action annale (v. Bull., t. 17, p. 247) ; mais il pense en même temps que Julien et Gaius ne suivaient pas cette manière de voir. Pour M. Solazzi, la diversité des actions en concours a poussé Proculus à interdire leur exercice simultané, bien qu'il n'y ait pas juridiquement à cela une impossibilité absolue.

(31) Cf. Solazzi, *l. c.*

(32) V. fr. 27, § 3, D. 15-1.

(ordinaires ou annales). Ulpien qui au fr. 32 pr. affirme avec Julien l'extinction du droit d'agir par l'exercice d'une action contre un des héritiers du maître, passe sous silence l'opinion de Julien en ce qui concerne le remède à apporter à cela; tandis qu'il résulte du fr. 14 pr. que Julien admettait la division de l'action.

L'explication proposée par M. Erman ⁽³³⁾ nous apparaît seule plausible. Nous dirons avec cet auteur que Julien et avec lui Gaius ne se servaient pas de la restitution *in integrum*, dans toutes les hypothèses de concours entre plusieurs actions *de peculio* (ordinaires ou annales), mais permettaient la division de l'action, tandis que Proculus et Paul, aux côtés desquels nous plaçons Ulpien, se servaient de l'*in integrum restitutio* et interdisaient l'exercice simultané des actions, afin d'éviter une multiplication inutile des procès.

Mais les jurisconsultes pouvaient-ils interdire la division des poursuites par simple raison d'opportunité? C'est à tort que l'on a fait appel aux principes admis en matière de corréalité ou de solidarité passive. Les maîtres, en effet, ne sont pas directement obligés, mais simplement tenus en tant que propriétaires du gage des créanciers de l'esclave. Sans doute, le *minus intendere* est, en principe, licite, mais nous savons que le prêteur le regardait d'un œil défavorable et l'entravait, en imposant des délais au demandeur pour le nouvel exercice de l'action. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que, en matière de pécule, les

(33) Z. S. S. f. R., t. 20, p. 246.

jurisconsultes, qui ont fait preuve parfois d'une grande liberté, se soient crus autorisés à interdire le *minus intendere*. Julien et Gaius autorisent la division volontaire de l'action parce que, à défaut de la restitution *in integrum*, elle seule pouvait permettre au créancier de se faire payer sur les différents pécules de l'esclave. Cette procédure ne présentait que des inconvénients pour les jurisconsultes qui osaient se servir de l'*in integrum restitutio*.

IV. — L'action de *peculio* ordinaire et l'action *annalis* ne concourent que relativement aux dettes antérieures à la vente. En effet, le pécule resté auprès du vendeur n'existe pendant l'année utile que grâce à une fiction, érigée en faveur des anciens créanciers; il n'a pas pu être pris en considération par les créanciers postérieurs.

Ce principe est spécialement appliqué par les jurisconsultes dans les rapports entre acheteur et vendeur. Le vendeur ne peut pas déduire même *intra annum* ce qui lui est dû par l'esclave postérieurement à la vente. Mais il a le droit d'agir de *peculio* contre l'acquéreur⁽³⁴⁾. Ce dernier à son tour ne peut que déduire les

(34) V. fr. 47, § 5, et 38, § 3, D. 15-1.

Fr. 47, § 5 (Paul. lib. 4 ad Plaut) : « Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit, et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia : quia non domino debet ». Ce paragraphe paraît assez fortement altéré. On doit en conserver cependant la fin depuis *si post...*, en substituant avec M. Beseler (Z. S. S. f. R., t. 50 (1930), p. 63) *minuitur* à *minuit*, *peculium* à *peculia* et *debetur* à *debet* (Cf. les rectifications de M. Ferrini cité par Ind. Interp. : [et] <sed> si... non [...] <minuat id peculium> ... [debet] <debetur>). La première partie du paragraphe a été introduite par les Compilateurs (en ce sens Beseler, l. c.), bien qu'elle énonce une règle classique (cf. les rectifications qui lui sont faites par M. Ferrini selon Ind. Interp.).

Fr. 38, § 3, D. 15-1 (African. lib. 8 Quæst). « Servo quem tibi

dettes postérieures à la vente; celles-ci ne l'autorisent pas à intenter contre le vendeur l'action *annalis*. Pour les dettes antérieures à la vente, ce sont les solutions inverses qui trouvent application. L'acheteur peut, sans doute, déduire, mais il peut agir *in superfluum* avec l'action *annalis* ⁽³⁵⁾. Le vendeur, lui, ne peut que déduire. L'action *de peculio* lui est refusée contre l'acquéreur, même s'il a vendu l'esclave *cum peculio* et livré le pécule ⁽³⁶⁾. Toutefois, dans ce dernier cas, s'il a été assez étourdi pour ne pas déduire ce qui lui était dû, il pourra réclamer le montant de la déduction qu'il aurait dû faire, soit au moyen de la *condictio indebiti*, soit au moyen de l'action *ex vendito* ⁽³⁷⁾. On comprend aisément que les dettes envers le maître, nées antérieurement à la vente, n'aient pas été considérées comme dettes de l'*universum peculium*, c'est-à-dire de l'ancien et du nouveau pécule. La règle opposée eût été contraire à la bonne foi. On ne pou-

vendideram pecuniam credidi : quæsitum est, an ita mihi in te actio de peculio dari debeat ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. Quod quidem minime verum est nec intererit, intra annum quam vendiderim an postea experiar : nam nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur. In contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit. Ex quo apparet onus ejus peculii, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere ». Au lieu de *contraxissent*, il faut lire *contraxerint* (en ce sens Beseler, *op. cit.*, p. 63). M. Beseler (*l. c.*) supprime *quæsitum est*, et la fin du texte, depuis : *ex quo* (sur ce dernier point v. également De Francisci, cité par Index Interp., et Beseler, *Beiträge*, t. 1, p. 58). Ces suppressions ne s'imposent pas ; au contraire, la fin du texte énonce la conclusion exacte et logique de tout ce qui précède.

(35) V. fr. 11, § 8 ; 27, § 6, D. 15-1.

(36) V. fr. 27, §§ 4, 5 et 7, et 11, § 7, D. 15-1.

Fr. 27, §§ 4, 5 et 7, D. 15-1 (Gaius, *lib. 9 ad ed. prov.*). Nous n'admettons pas l'introduction de *et* devant *ipsi* au § 4, ni la suppression de *æque* au § 5, proposées par M. Beseler, *Z. S. S. f. R.*, t. 50, p. 62. C'est à bon droit, par contre, que M. Beseler introduit au § 5 *servo* devant *alieno*, mot sans doute omis dans la transcription du texte.

(37) V. fr. 11, § 7, D. 15-1 ; 30 pr. D. 19-1.

vait pas davantage permettre au vendeur d'agir de *peculio*, pour un *ante gestum*, qu'on ne pouvait lui permettre d'intenter contre celui-ci une action noxale en raison d'un délit antérieurement commis.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

L'étude du pécule dissipe tous les doutes que l'on pourrait avoir sur les conceptions romaines de l'*universitas juriū* et du patrimoine.

Le pécule fut tout d'abord un patrimoine d'affectation ayant sa source dans la *voluntas domini patrisve*, puis, l'émanation d'une capacité propre à tout *subjectus*.

L'*universitas juriū* naît, soit de l'affectation d'un ensemble de rapports juridiques patrimoniaux, existants ou virtuels, à un but déterminé, elle constitue alors un patrimoine d'affectation, soit de la puissance juridique reconnue à une personne dans le domaine des droits patrimoniaux, elle est alors le groupement idéal en une entité abstraite de tous les rapports juridiques qui naissent dans le cadre et sous l'effet de cette puissance, elle constitue un patrimoine proprement dit.

Le droit romain n'en est jamais venu à la conception abstraite de droits sans sujets; aussi, l'*universitas juriū* des Romains, quand elle n'est pas un patrimoine proprement dit, n'est jamais qu'une subdivision du patrimoine d'une personne.

Le patrimoine c'est la sphère dans laquelle se meut,

relativement aux biens, la capacité juridique du *sui juris*. Il existe avec cette capacité, donc avec le titre de *sui juris*; et, comme cette capacité est indivisible chaque personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Mais les rapports juridiques qui composent le patrimoine peuvent, sans cesser de faire partie de ce patrimoine et en servant le but commun, former un groupe spécial affecté à un but déterminé.

Les jurisconsultes, appelés à dessiner juridiquement les contours du pécule dont l'ancien droit s'était peu occupé, étaient particulièrement libres de préciser, à cette occasion, leurs conceptions de l'*universitas* et du patrimoine.

L'ancien droit romain faisait du pécule un *corpus ex distantibus* à l'égal du grex, après l'édit du préteur, le pécule devint une masse de *bona*, puis une *universitas jurium*. Etant donné l'incapacité patrimoniale des *subjecti* et la toute-puissance du *paterfamilias*, on devait tout naturellement voir la source du pécule dans la *voluntas domini patrisve*. Au début de l'époque classique, tous les éléments, tant actifs que passifs, du pécule, étaient des éléments du patrimoine du *paterfamilias*. Le pécule ne pouvait naître que *concedente domino vel patre* et il disparaissait avec l'ademption qui en était faite par le *paterfamilias*. Lorsque le *subjectus* possédait en pécule des biens dont la propriété revenait à des maîtres différents, la diversité des patrimoines auxquels ces biens appartenaient entraînait l'existence de pécules distincts. Le même *subjectus* pouvait avoir successivement ou simulta-

nément plusieurs pécules ayant leur actif et leur passif propre.

Mais les motifs économiques et sociaux, qui avaient amenés le prêteur et les premiers jurisconsultes à cette construction juridique ingénieuse, devaient conduire peu à peu les jurisconsultes postérieurs à une nouvelle conception du pécule. On assouplit les règles relatives à la constitution du pécule. On abandonna l'idée qui était primitivement à la base de la responsabilité de *peculio* du *paterfamilias*; on en vint à permettre l'exercice de l'action de *peculio ex ante gesto* et à établir des règles d'où il résulte, à l'égard des tiers, l'unité du *peculium duplicis juris*. Le pécule perd alors les contours nettement définis qu'il avait au début de l'époque classique.

Marcellus et les jurisconsultes postérieurs, reprenant la doctrine émise bien avant eux, mais sans succès, par Proculus, donnent au pécule un nouvel aspect juridique. A partir de cette époque, le pécule ne naît plus de la concession du *paterfamilias*, il trouve sa source dans une capacité que le *subjectus* possède de plein droit. Il est l'émanation de cette puissance juridique, comme le patrimoine est l'émanation de la puissance plus grande des *sui juris*. Le même *subjectus* ne peut avoir simultanément ou successivement qu'un seul pécule, parce que le pécule est dorénavant l'émanation d'une capacité qui n'est pas divisible, que le *subjectus* ne tient pas de ses différents maîtres, mais de la loi.

Lorsque les jurisconsultes de cette époque nous disent que le pécule est *velut* ou *quasi-patrimonium ser-*

vi filiive, ce n'est pas là une simple image, mais la définition même du pécule aux termes de la nouvelle conception.

Toutes les traditions romaines s'opposaient à ce que les personnes en puissance aient des *bona* ; aussi, n'est-ce point une capacité patrimoniale comme celle des *sui juris* qui fut reconnue aux *subjecti*, mais une capacité patrimoniale de second ordre, une capacité « pécuniaire ». A la capacité complète du *sui juris* correspond le patrimoine, à la capacité de second ordre du *subjectus* correspond le pécule. Et, n'est-ce point là ce que nous dit Ulpien lui-même par ces mots (1) : « *Paterfamilias [liber] peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona* » ?

Cette distinction fort nette entre la capacité patrimoniale du *paterfamilias* et la capacité « pécuniaire » du *subjectus* semble s'estomper lorsqu'on oppose au *sui juris*, non le *servus*, mais le *filius familias*.

Non seulement le *filius* jouit de la capacité « pécuniaire » dans la même mesure que le *servus*, mais encore les biens qu'il acquiert aux armées constituent un *peculium castrense*, distinct du pécule dit profectice, et vis-à-vis duquel le *filius* est *tanquam paterfamilias* (3). Malgré le nom de *peculium*, les biens castrenses sont des *bona* du *filius*. Le *filius* a, non seulement un *quasi-patrimonium*, le pécule tout court, mais un patrimoine proprement dit, le *peculium castrense*. Il n'y a là, somme toute, rien qui soit contraire en pure logique à la conception du pécule comme une

(1) Fr. 182 D. 50-16 (Ulpianus, lib. 27 ad edictum).

émanation de la personnalité juridique de second ordre des *subjecti*. Si le *paterfamilias* ne peut avoir qu'un patrimoine et le *subjectus* qu'un pécule, c'est que la capacité patrimoniale et la capacité « pécuniaire » sont indivisibles. Mais, si à la même personne on reconnaît, simultanément et dans des limites déterminées, à la fois la capacité « pécuniaire » et la capacité patrimoniale, on ne doit point s'étonner que cette personne ait à la fois un pécule et un patrimoine. Et, c'est bien le cas pour le *filius* dont la situation juridique a toujours été dans le droit romain, depuis une époque fort ancienne, particulièrement complexe.

DEUXIÈME PARTIE

La situation juridique des *subjecti* vis à vis des droits et obligations constituant les éléments actifs ou passifs de leur pécule

Dans la doctrine que fit prévaloir Marcellus, le pécule apparaît comme une émanation de la personnalité des esclaves et des fils ; mais ce n'est qu'un *quasi-patrimonium*.

Si, de bonne heure, on considéra comme éléments passifs du pécule les obligations civiles ou naturelles contractées envers les tiers par les *subjecti* eux-mêmes (1), par contre, quelle que soit l'époque où l'on se place, les droits, éléments actifs du pécule, investissaient le *paterfamilias* et étaient comptés dans son patrimoine.

Ces droits sont transmis aux héritiers du *paterfa-*

(1) V. *infra*, p. 652 suiv.

miliās avec tout le patrimoine du *de cuius* (2). Le *paterfamilias* peut se servir de *res peculiares* pour désintéresser ses créanciers personnels et ces derniers peuvent saisir le pécule et le faire vendre avec les autres biens de leur débiteur (3).

Seul le *paterfamilias* peut défendre *suo nomine* à l'action de *peculio* qui suppose chez le défendeur la propriété des *res peculiares*. Seul, en principe, il peut réclamer en justice le paiement des *nomina pecularia* (4).

Le *paterfamilias* peut, par des actes matériels ou juridiques, disposer des *res peculiares* ; il peut en faire l'ademption. Son pouvoir n'est limité que dans la mesure où l'exige l'intérêt des créanciers contractuels du *subjectus*.

Cependant, la personnalité du *subjectus* ne s'est-elle jamais manifestée au regard des éléments, tant actifs que passifs, du pécule ?

Tel va être maintenant l'objet de nos recherches.

Nous examinerons d'abord quels étaient les pouvoirs du *subjectus* sur son pécule. Nous préciserons ensuite sa situation juridique vis-à-vis des droits réels, des créances et des dettes de son pécule.

(2) Il en est ainsi même des pécules des fils de famille, lorsque le *paterfamilias* n'en a pas attribué à ces derniers, par un prélegs, la propriété exclusive.

(3) Réserve faite de l'exception établie par le sénatusconsulte Claudien. V. fr. 3, § 4, D. 4-4.

En cas d'insolvabilité du *paterfamilias*, les créanciers du *subjectus* avaient-ils un droit de préférence sur le pécule ? C'est la question à laquelle les textes ne permettent pas de répondre (cf. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 147).

(4) V. fr. 13, § 2, D. 43-24 ; 9 D. 44-7.

CHAPITRE PREMIER

Les pouvoirs du *subjectus* sur son pécule

REMARQUES PRÉALABLES :

Différentes catégories de pouvoirs que le *subjectus* possède sur son pécule. — Reconnaissance de pouvoirs propres aux *subjecti* après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule. — Exigence, dès l'époque classique, d'une *concessio administrationis* pour la validité de certains actes. — La théorie de l'*administratio peculii* a été l'objet d'une évolution liée à la transformation des règles relatives à la constitution du pécule.

Les *subjecti* possèdent-ils sur leur pécule des pouvoirs propres ?

Les sources nous montrent qu'à côté des actes toujours interdits aux personnes en puissance ⁽¹⁾, il y en avait d'autres que ces personnes pouvaient accomplir seulement avec l'autorisation spéciale de leur *paterfamilias* ⁽²⁾, d'autres auxquels elles pouvaient être habilitées par un mandat général d'administrer leur pécule : la concession de l'*administratio* ou *libera administratio peculii* ⁽³⁾, d'autres enfin, qu'elles avaient de

(1) Les actes frauduleux et les testaments. V. *infra*, § 1, n° 1.

(2) Les libéralités en général. V. *infra*, § 1, n° 2.

(3) Les expressions *administratio peculii* et *libera administratio peculii* sont synonymes. V. en ce sens Mandry, *Familiengüterrecht*, t. 2, p. 103 suiv..

On les rencontre assez souvent dans les sources ; la première,

plein droit la faculté d'accomplir sur leur pécule, indépendamment de toute autorisation spéciale ou *concessio administrationis*.

A une époque où le pécule ne pouvait naître que *concedente domino vel patre*, c'était incontestablement dans la *concessio peculii* que le *subjectus* puisait les pouvoirs qu'il ne tenait pas d'une autorisation nouvelle, générale ou spéciale, de son *paterfamilias* (4).

Mais à partir de Marcellus, nous le savons, on n'exige plus pour la formation du pécule une concession du *paterfamilias*. Bien mieux, le pécule est censé exister dès la naissance ou mise en puissance du *subjectus* (5). Les pouvoirs que le *subjectus* possédait de plein droit sur son pécule durent alors nécessairement apparaître comme des pouvoirs propres aux personnes en puissance. On voit ainsi l'intérêt qu'il y a à préciser l'étendue de ces pouvoirs.

Mais cette reconnaissance de pouvoirs, propres aux *subjecti* sur leur pécule, n'a-t-elle eu aucun contre-

dans les fr. 11, § 2 ; 13, § 2, D. 12-1 ; 20 D. 12-2 ; 24 ; 46 ; 48, § 1, D. 15-1 ; 24 D. 23-3 ; 15, § 3, D. 44-3 ; 34 pr. D. 46-2 ; 84 D. 46-3, la seconde, dans les fr. : 28, § 2, D. 2-14 ; 41, § 1, D. 6-1 ; 3, § 2, D. 14-6 ; 7, § 1 ; 48 pr. D. 15-1 ; 1, § 1, D. 20-3 ; 7 pr. D. 39-5, et encore dans les fr. 8, § 5, D. 20-6, où elle est interpolée, et dans les fr. 13 pr. D. 12-6 ; 18, § 4, D. 13-7, où elle a peut-être été également introduite par les Byzantins.

(4) Cf. les articles de MM. Gianetto Longo (Il concetto classico e il concetto giustiniano di administratio peculii. Archivio Giuridico, t. 16 (4^e série), 1928, p. 184 et suiv.), et Albertario (Sulla libera administratio peculii. Rendiconti del reale Istituto Lombardo, t. 61 (2^e série), 1928, p. 833 et suiv.). — Il faut faire exception, toutefois, en ce qui concerne la faculté pour le *subjectus* de contracter envers les tiers des dettes susceptibles de donner lieu à une action de *peculio*. Dès l'époque de Julien, en effet, et même un peu avant, cette faculté était indépendante de la *concessio peculii*, l'action de *peculio* pouvant être intentée pour un *ante gestum*.

(5) V. *supra*, première partie, chapitre III.

coup sur les règles juridiques en vigueur. Il faut, croyons-nous, lui rattacher la formation et le développement de la théorie romaine de l'*administratio peculii*.

Dans des articles récents, MM. Gianetto Longo et Albertario ⁽⁶⁾, admettant *a priori* qu'une concession du *paterfamilias* fut toujours nécessaire pour la formation du pécule, ont jugé inadmissible qu'à l'époque classique la *concessio peculii* n'ait pas donné au *subjectus* la pleine faculté d'administrer son pécule. A leur avis, ce sont les Byzantins qui ont, les premiers, distingué deux catégories dans les pouvoirs du *subjectus* administrateur d'un pécule et imaginé une autorisation large d'administrer, destinée à compléter celle, alors plus étroite, implicitement comprise dans la *concessio peculii*. MM. Longo et Albertario expliquent ainsi cette prétendue innovation byzantine. Les Byzantins se seraient fait de l'*administratio* en général, une conception moins large que les Classiques. A l'époque classique, l'administrateur des biens d'autrui, le *procurator omnium bonorum*, aurait eu le pouvoir d'accomplir même des actes de disposition sur les biens dont il avait la gestion. Au Bas-Empire, ses pouvoirs auraient été limités aux actes conservatoires ; il n'aurait pu disposer que des biens dont il avait, non la simple *administratio*, mais la *libera administratio*. Cette doctrine aurait été appliquée en matière de pécule ; on aurait alors exigé, en plus de la *concessio peculii*, une concession de la libre adminis-

(6) Articles cités *supra*, note 4.

tration du pécule pour la validité des actes de disposition du *subjectus* sur ses *res peculiares*.

A supposer exacte l'opposition, d'ailleurs fort plausible, que MM. Longo et Albertario relèvent entre les conceptions classiques et byzantines de l'*administratio* en général, il n'en résulte nullement que la *concessio administrationis* soit une création du Bas-Empire.

Il n'y a pas une concordance parfaite à l'époque de Justinien entre les pouvoirs du *procurator* investi de la simple *administratio* et le *subjectus sine administratione*. Dans la Compilation, on nous dit que le premier ne peut pas aliéner les biens qu'il administre, exception faite pour les fruits et les *alias res, quæ facile corrumpi possunt* » (7). Au contraire, pour ce qui est des *res peculiares*, nous ne voyons nulle part qu'on ait fait une pareille distinction (8).

M. Albertario s'est efforcé de démontrer l'interpolation de nombreux passages du Digeste, où il est fait mention de l'*administratio* ou de la *libera administratio peculii*. Mais, nombreux sont les passages qui résistent aux critiques formulées (9), et, nous verrons en outre, que des textes, où l'*administratio peculii* n'est pas mentionnée, impliquent celle-ci nécessairement (10).

D'ailleurs, si la théorie de MM. Longo et Albertario

(7) Fr. 63 D. 3-3 (*Modestinus lib. 6 Differentiarum*).

(8) Aucune distinction de cette sorte n'apparaît dans les fragments du Digeste que nous aurons à examiner plus loin.

(9) Nous discuterons l'authenticité de ces différents textes dans le cours de ce chapitre, sauf celle de la phrase : *alia causa*, etc., au fr. 7. § 1, D. 15-1, dont nous nous sommes déjà occupé.

(10) V. principalement fr. 94, § 3, D. 46-3. V. encore fr. 2, § 4, D. 12-1.

était exacte, on ne comprendrait guère pourquoi les compilateurs auraient employé comme synonymes les expressions *administratio peculii* et *libera administratio peculii*, alors qu'ils distinguaient soigneusement, en ce qui concerne les pouvoirs du *procurator omnium bonorum*, l'*administratio* et la *libera administratio*.

Dès l'époque de Marcellus, on ne se trouve plus en présence de deux procurations conférant aux *subjecti* sur leur pécule des pouvoirs distincts : la *concessio peculii* et la *concessio administrationis*. La *concessio peculii* n'est plus alors que la donation d'un bien particulier faite par le *paterfamilias* à un de ses *subjecti*, le pécule préexistant. Et précisément, c'est parce qu'il n'y a plus, à l'origine du pécule, une concession d'où l'on puisse faire dériver les pouvoirs du *subjectus* que les jurisconsultes de cette époque refusent aux *subjecti*, qui n'ont pas reçu mandat d'administrer leur pécule, la faculté d'accomplir sur ce dernier des actes de disposition, et cela quelle que soit l'utilité de ces actes ou leur urgence.

Sans doute, des juristes qui exigent encore pour la formation du pécule une concession du *paterfamilias* connaissent déjà la *concessio administrationis* ⁽¹¹⁾. Mais, nous le verrons, le plus ancien jurisconsulte qui parle de cette *concessio* est Proculus, et depuis Proculus jusqu'au milieu du deuxième siècle, le contenu de la *concessio administrationis* ne paraît pas avoir été définitivement fixé. Ne doit-on pas supposer que Pro-

(11) Ainsi Julien (fr. 3, § 2, D. 14-6 ; 32 D. 46-3) ; Pomponius, fr. 24 D. 23-3 — cf. fr. 13 pr. D. 12-6.

culus, qui, à la différence de ses contemporains, permettait la formation du pécule *insciente domino vel patre* ⁽¹²⁾, ait le premier songé à exiger, pour la validité des actes d'administration du *subjectus* qui auraient pu porter atteinte aux droits du *paterfamilias* sur les *res peculiares*, un mandat préalable d'administrer ?

L'idée de Proculus, une fois émise, pouvait être reprise, au moins en partie, même par des jurisconsultes qui faisaient encore dépendre l'existence du pécule d'une concession du *paterfamilias*. Seulement, ces jurisconsultes, à la différence des jurisconsultes postérieurs à Marcellus, n'ont exigé la *concessio administrationis* que pour les actes qui leur paraissaient les plus dangereux pour le maître, selon leurs vues personnelles : d'où un manque de fixité alors, dans la détermination des actes qui devaient être ainsi autorisés.

C'est donc seulement, pendant la période qui s'étend entre Proculus et Marcellus, que l'on trouve une double concession de l'administration du pécule : celle implicitement comprise dans la *concessio peculii*, celle plus large, expressément donnée par le *paterfamilias*, encore que ces deux concessions d'administration aient une nature différente. Mais le désaccord, qui existe alors entre les jurisconsultes sur la portée de l'une et de l'autre de ces concessions, nous montre que ces jurisconsultes se sont uniquement laissé guider par des raisons d'opportunité.

(12) V. *supra*, p. 235 suiv.

Nous allons nous placer tout d'abord au moment où cette évolution est terminée, c'est-à-dire après Marcellus et nous rechercherons quels furent, depuis lors, les pouvoirs du *subjectus* sur son pécule. Nous retracerons ensuite, à l'aide des textes, cette évolution qui montre la reconnaissance à une certaine époque de pouvoirs propres aux *subjecti* sur leur pécule; et par là, également, l'origine classique de la *concessio administrationis*, dont elle révèle la raison d'être.

§ I. — LES POUVOIRS DU « SUBJECTUS » SUR SON PÉCULE
DEPUIS LE MILIEU DU SECOND SIÈCLE

I. Actes que le *subjectus* ne pouvait jamais valablement accomplir, même avec une autorisation expresse. — Les dispositions testamentaires. — Exception faite en faveur des esclaves publics. — II. Actes pour la validité desquels la *concessio administrationis* était insuffisante : les donations proprement dites — les donations déguisées. — III. Actes pour la validité desquels la *concessio administrationis* était nécessaire : ce sont ceux comportant aliénation ou abandon d'un droit individuellement considéré du pécule. A. Etude de la question à un point de vue général. B. Le prêt *ex nummis peculiaribus*. C. La vente. D. Le paiement *ex peculio*. E. La réception de paiement. F. La faculté de contracter des dettes donnant lieu à l'action de *peculio*.

I. — Aucune succession ne s'ouvrant au décès du *subjectus*, celui-ci ne peut pas prendre de dispositions testamentaires concernant son pécule, même avec l'autorisation spéciale du *paterfamilias* ⁽¹⁾.

(1) V. fr. 6 pr. D. 28-1 ; 25, § 1, D. 39-6 ; pr. Inst., 2-12. Mais cette interdiction ne s'étend pas à la *mortis causa donatio*, à laquelle le *subjectus* peut procéder avec l'autorisation spéciale de son *paterfamilias*. V. fr. 7, § 4, D. 39-5 (v. toutefois, contre l'authenticité des mots : *quamvis... donatio*, Beseler, Beitrage, t. 3, p. 39) ; 25, § 1, D. 39-6.

Il va de soi que le *paterfamilias* ne pouvait pas autoriser ses *subjecti* à accomplir des actes frauduleux. Cela est affirmé au

Cette règle comporte toutefois une exception remarquable en faveur des *servi publici*. Il fut, en effet, reconnu à ces esclaves le droit de disposer, même par testament, de la moitié de leur pécule ⁽²⁾.

II. — Quant aux autres actes, il importe de distinguer entre ceux qui comportent aliénation ou abandon d'un droit du pécule et ceux qui n'ont pas cet effet, et, parmi les premiers, ceux qui constituent des actes d'administration, et les autres.

Le *subjectus* ne pouvait pas de plein droit accomplir sur son pécule nombre d'actes cependant indispensables à la bonne gestion d'un bien. Mais il était souvent opportun ou nécessaire que le *subjectus* puisse lui-même administrer son pécule, et la *concessio ad-*

fr. 12 D. 42-8 (Marcellus *lib. 18 digest.*), texte d'ailleurs en partie interpolé ou glosé. Avec raison Gradenwitz (Z. S. S. f. R., t. 7 (1886), p. 68 supprime la fin du texte depuis : *at si hoc quoque...* Mais devons-nous conserver la première partie du passage ? Nous y lisons : « *Si pater filio familias liberam peculii administrationem dederit, non videtur ei et hoc concessisse, ut in fraudem creditorum alienaret ; talem enim alienationem non habet.* » M. Albertario, *op. cit.*, p. 846, croit ce passage interpolé et le rétablit ainsi : « *Si pater filio familias peculium dederit, non videtur ei concessisse ut in fraudem creditorum alienaret.* » Admissible est la suppression des mots *et hoc et talem... non habet*, qui ont pu être ajoutés par la même main que le reste du fragment. Inadmissible, par contre, est la substitution de *peculium* à *liberam peculii administrationem*. *Dedit* est aussi correctement employé avec *administrationem* pour objet qu'avec *peculium*. M. Albertario signale que, dans le texte de la compilation, *alienaret* est privé d'objet, tandis que son objet est *peculium* avec la rectification qu'il propose. L'absence d'objet à *alienaret* n'a rien de choquant, alors qu'il ne pouvait être douteux pour personne qu'il s'agissait de l'aliénation des *res peculiares*. Mais surtout, Marcellus ne pouvait pas faire découler de la *concessio peculii* les pouvoirs que le *subjectus* possédait sur son pécule, puisque, pour lui, le pécule pouvait apparaître *insciente domino*.

Selon M. Albertario, les compilateurs auraient substitué l'explication *talem... habet* à une démonstration par laquelle Marcellus montrait que le pécule ne pouvait pas être concédé en vue d'un négoce comportant un dommage direct ou indirect pour le concédant. A la vérité, la décision de Marcellus n'avait pas besoin d'explication.

(2) V. Ulp., 20, 16. Ce droit était, sans doute, également accordé aux *servi Cæsaris*. Cf. fr. de *J. Fisci*, 6 a. V. Buckland, *op. cit.*, p. 323.

ministratio avait précisément pour but d'éviter au *paterfamilias* d'intervenir à tout instant pour autoriser les actes de ses *subjecti*, relativement à la gestion de leur pécule (3). C'était un mandat général et exprès, par lequel le *paterfamilias* confiait à un *subjectus* l'administration d'une partie de ses biens, c'est-à-dire du pécule de ce *subjectus* (4). Aussi, le pupille assisté de son tuteur et le *curator furiosi*, qui ne pouvaient pas faire de concession en pécule, pouvaient-ils concéder l'*administratio peculii* (5).

On comprend que cette concession n'ait pas donné, en principe, aux personnes en puissance le pouvoir d'accomplir sur leur pécule des actes autres que ceux d'administration, c'est-à-dire de faire des libéralités. « *Filiusfamilias donare non potest*, dit Ulpien (6), *neque si liberam peculii administrationem habeat : non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio [ut perdat]* » (7). Le *subjectus* ne peut faire de libé-

(3) Cf. Paul (*lib. 62 ad ed.*, selon M. Lenel, Paling, t. 1, p. 1079, n. 2 ; *Edictum Perpetuum*, p. 427, n. 4 ; 435, n. 3) au fr. 46 D. 15-1 : « *Qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod et specialiter permissurus est.* » M. Albertario (*op. cit.*, p. 834-835) soutient l'interpolation de ce texte et efface les mots *peculii administrationem* et *permittere... fin.* Paul, selon M. Albertario, devait s'occuper ici de la *concessio peculii* et nous dire que cette concession conférait au *subjectus* la faculté d'administrer son pécule. Mais cela n'est pas admissible. D'autres textes nous ont montré que Paul ne faisait pas dépendre la formation du pécule d'une concession du *paterfamilias*. Au reste, le fr. 46 cité ne présente, quant à sa forme, aucune trace d'interpolation.

(4) V. Vermond, *De jure rerum corporalium privatorum*, t. 1, p. 125 suiv.

De même que tout mandat s'éteignait au décès du mandant, la *concessio administrationis* était révoquée par le décès du *paterfamilias* (arg. fr. 32 D. 46-3). L'*administratio peculii* était même censée retirée du vivant du *paterfamilias* dans certains cas (v. fr. 11, § 2, D. 12-1 ; 48 pr. D. 15-1).

(5) Fr. 24 D. 15-1.

(6) V. fr. 7 pr. D. 39-5. V. encore fr. 8, § 5, D. 20-6.

(7) Selon M. Albertario (*op. cit.*, p. 847), Ulpien se serait, en réalité, exprimé ainsi : « *Filiusfamilias donare non potest, neque,*

ralités avec son pécule que s'il y est spécialement autorisé par son *paterfamilias* ⁽⁸⁾.

Selon la Compilation, au moins à l'époque d'Ulpien,

si rem peculiarem donet : non enim ad hoc ei conceditur peculium ut perdat. » M. Albertario fait valoir en faveur de cette reconstitution, que, dans le texte de la compilation, le mot *perdat* est privé d'objet. Les mots *ut perdat* sont vraisemblablement une addition des compilateurs. Mais il n'est pas possible de remplacer *liberam peculii administrationem habeat* par *rem peculiarem donet* et *libera peculii administratio* par *peculium*. Tout d'abord, Ulpien, comme Marcellus et Paul, permet la constitution du pécule, *ignorante domino vel patre*. En second lieu, le *subjectus* peut perdre ses *res peculiares*, même à l'époque d'Ulpien, pourvu que ce ne soit pas juridiquement. Lorsque le *subjectus* détruisait un objet de son pécule, aucune obligation naturelle ne naissait à sa charge, aucune déduction n'était possible de ce chef lors de la *computatio peculii*.

(8) Les jurisconsultes interprètent d'ailleurs cette autorisation d'une façon étroite : c'est ainsi que l'autorisation de donner entre vifs ne confère pas au *subjectus* la faculté de procéder à une *mortis causa donatio* (V. fr. 7, § 5, D. 39-5).

Mais on peut se demander si les fils de famille n'avaient pas la faculté, indépendamment de toute autorisation, de faire des libéralités en contractant des obligations engageant leur pécule. Il ne s'agit pas là, en effet, d'un acte portant sur un objet déterminé du pécule. Mandry (*op. cit.*, t. 2, p. 139 suiv.) résout la question par l'affirmative. Accarias, au contraire, se prononce pour la négative et invoque en ce sens le fr. 8, § 5, D. 20-6 (Précis, t. 2, p. 1181). A la vérité, le texte invoqué ne prouve rien, car il y est question d'un acte portant sur un droit déterminé du pécule, non d'un simple engagement du *filius*. Le seul texte qui traite d'une donation du *filius* par engagement est le fr. 2 pr. D. 39-5. Julien nous dit dans ce texte : « *Si, cum filiusfamilias pecuniam donare vellet, patris jussu eam promisit, valet donatio, perinde ac si fidejussorem dedisset* ». La pensée du juriste se dégage si on lit le paragraphe suivant où Julien ajoute : « *Si vero pater donaturus Titio pecuniam jusserit filium suum eam promittere, poterit dici interesse, debitor filius patri suo fuerit, nec ne : nam si tantundem filius patri debuit, quantum promisit : valere donatio intellegitur, perinde ac si quemlibet alium debitorem pater jussisset pecuniam promittere.* » Comme le soutient exactement Mandry, ce § 1 nous montre que Julien ne s'occupait pas de la question de savoir si le *filius* pouvait engager son pécule par les stipulations qu'il faisait en vue de faire une libéralité à un tiers. Le jurisconsulte se demandait au pr. du fr. 2 si, en raison du *jussus* du père, on ne devait pas traiter la promesse du fils comme celle qui serait faite par un débiteur à un tiers donataire sur l'ordre du créancier donateur, auquel cas la validité de l'engagement serait conditionnée par l'existence d'une dette du *filius* envers le *paterfamilias*. Le fr. 2 pr. ainsi interprété, laisse entière cette question : le fils peut-il engager son pécule par donation ? C'est l'affirmative qui nous paraît la plus probable. Les textes nous apprennent, en effet, que le *filius*, à la différence de l'esclave, peut engager son pécule même par une fidéjussion conclue non *ex utilitate peculii*, c'est-à-dire par un acte pouvant produire les effets d'une libéralité (V. fr. 3, §§ 5, 7, 9, D. 15-1).

on aurait apporté une exception à ce principe, dans un cas spécial, et par interprétation de la volonté du *paterfamilias* concédant. On aurait admis que, lorsque le *subjectus* auquel l'*administratio peculii* avait été concédée était un fils de famille remplissant des fonctions publiques, occupant une situation sociale importante, le *paterfamilias* avait entendu autoriser ce *filius*, non seulement à gérer son pécule, mais encore à faire avec celui-ci les libéralités imposées par ses fonctions et son rang social. Toutefois, on peut concevoir des doutes sur l'authenticité des textes relatifs à cette exception (9).

(9) V. fr. 7, §§ 1 et 3, D. 39-5 (Ulpianus, *lib. 44 ad Sabinum*) : « § 1 : *Quid ergo, si justa ratione motus donet, numquid possit dici, locum esse donationi ? Quod magis probabitur.* — § 3 : *Nonnunquam etiam ex persona poterit hoc colligi : pone enim filium esse senatoriæ vel cujus alterius dignitatis : quare non dicas videri patrem, nisi ei specialiter donandi facultatem ademit, hoc quoque concessisse, dum liberam dat peculii administrationem ? »*. Il faut rapprocher de ces textes le fr. 1, § 1, D. 20-3 de Marcien. Marcien, après nous avoir dit que la *concessio administrationis* ne comportait pas l'autorisation de donner, ajoute : « *Facti tamen est questio, si queratur, quousque eis permissum videatur peculium administrare.* ». En admettant que cette remarque émane bien de Marcien, il ne faudrait pas en déduire qu'à l'époque classique la portée de la *concessio administrationis* était appréciée subjectivement, relativement au concédant lui-même. C'est avec grand soin que les jurisconsultes précisent le contenu normal de l'*administratio peculii*, et, ce sont ces pouvoirs nettement définis par la jurisprudence que le *paterfamilias* est censé vouloir concéder au *subjectus*, lorsqu'il donne à celui-ci, sans autre indication, l'administration du pécule. Les mots « *Facti tamen, etc.* » font seulement allusion à l'exception indiquée au fr. 7 D. 39-5. On pourrait admettre que le contenu normal de l'*administratio peculii* ayant été déterminé par interprétation de la volonté du *paterfamilias* concédant, les jurisconsultes ont élargi ce contenu dans un cas déterminé, celui prévu au fr. 7, § 3, cité. Mais on a contesté, non sans vraisemblance, l'authenticité de ces différents textes. Le fr. 7, § 1, D. 39-5 est déclaré entièrement interpolé par M. Donatuti, selon Krüger, *Dig. Nov. Supp.*, et par M. Albertario, *op. cit.*, p. 847. Le § 3 du fr. 7 est considéré comme une glose par M. Beseler, *Beiträge*, t. 2, p. 56, 170 : t. 3, p. 71, comme interpolé, par Krüger, *Dig. Nov. Supp.*, et Albertario, *op. cit.*, p. 348. Enfin, la partie que nous avons citée du fr. 1, § 1, D. 20-3 est attribuée aux Compilateurs par MM. Vassalli (selon Ind. Interp.) et Albertario, *op. cit.*, p. 845. Il se peut fort bien que la doctrine exposée au fr. 7, § 3, D. 39-5 ait été élaborée seulement après l'époque classique et que la partie finale du fr. 1, § 1, D. 20-3 et le fr. 7, § 1, soient des gloses.

Le motif, pour lequel Ulpien ne comprend pas dans la *concessio administrationis* la permission de donner (*non ad hoc ei conceditur libera administratio peculii*), vaut autant à l'égard des donations proprement dites que des donations indirectes ou déguisées. Le *subjectus*, qui a reçu concession de l'*administratio peculii*, ne peut pas se servir d'actes d'administration pour faire des libéralités à des tiers. C'est ainsi que les jurisconsultes traitent comme des libéralités le prêt fait en fraude du sénatusconsulte Macédonien ⁽¹⁰⁾, la mise en gage d'une *res peculiaris* pour une dette non « péculiaire » ⁽¹¹⁾, le pacte *ne res pignori sit*, re-

Il est certain d'ailleurs qu'à l'époque classique, le *paterfamilias*, en concédant l'*administratio peculii*, pouvait, par une déclaration expresse, autoriser le *subjectus* à donner ses *res peculiares*, v. fr. 1, § 2, D. 39-5. (C'est à tort que M. Albertario, *op. cit.*, p. 847, remplace dans ce texte, sans d'ailleurs invoquer d'arguments spéciaux, *liberam peculii administrationem* par *peculium*.)

(10) Ainsi Julien et Ulpien au fr. 3, § 2, D. 14-6.

(11) Fr. 1, § 1, D. 20-3 (Marcianus, *lib. singulari ad form. hyp.*). « *Si filiusfamilias pro alio rem peculiarem obligaverit vel servus, dicendum est eum non teneri, licet liberam peculii sui administrationem habeant : sicut nec donare eis conceditur : non enim usquequaque habent liberam administrationem...* » (en ce qui concerne la fin de ce texte, v. note 9). Ce texte est en partie interpolé. M. Albertario (*op. cit.*, p. 846) a fort bien signalé ce passage injustifié du singulier au pluriel : *obligaverit ; eum*, puis : *habeant ; eis ; habent*. Mais quel est le but et quelle est l'étendue de l'interpolation ? M. Albertario (*op. cit.*, p. 845) efface les mots : *licet... habeant*, le S de *eis* et les mots : *usquequaque... administrationem*. Le jurisconsulte, à son avis, devait nous dire ici que la *res peculiaris* ne pouvait pas être donnée en gage *pro alio*, parce que le pécule est concédé au fils ou à l'esclave pour être administré dans l'intérêt du concédant, non dans celui des tiers. A l'époque de Marcien, il était, croyons-nous, difficile de raisonner ainsi, car la doctrine de Marcellus sur la constitution du pécule était alors admise sans contestation ; elle était d'ailleurs suivie par Marcien. En outre, avec les mots *peculii sui administrationem*, le verbe devrait être au singulier ; or le verbe est au pluriel (*habeant*). Il est peu vraisemblable que les compilateurs aient construit de toutes pièces cette phrase boiteuse, pour l'introduire dans notre texte. L'interpolation se réduit, en réalité, à peu de chose. Les compilateurs, constatant que Marcien ne parlait ici que du *filius*, ont voulu indiquer que la règle énoncée par le juriste s'appliquait également lorsque le *subjectus* était un esclave. Ils ont introduit, dans ce but, les mots *vel servus* qui se trouvent assez étrangement séparés du mot *filius* par tout un membre de phrase. Cette première interpolation les a conduits

lativement au gage d'un *nomen peculiare* ⁽¹²⁾, et, semble-t-il aussi, mais les témoignages en ce sens sont suspects; la novation faite *donandi animo*, la transaction ou le pacte *de non petendo*, par lesquels l'*alieni juris* abandonne un droit appartenant au pécule ⁽¹³⁾.

III. — A. — A l'époque où nous nous plaçons actuellement, les actes que l'*alieni juris* pouvait, sans

à transformer le singulier en pluriel : ce qu'ils ont fait maladroitement. Ils ont substitué *habeant* à *habeat*, *habent* à *habet* et ajouté un *S* à *ei*.

(12) Fr. 8, § 5, D. 20-6 (Marcian. *lib. singul. ad form. hyp.*) : « *An pascisci possint filiusfamilias et servus, ne res pignori sit, quam peculiariter hypothecam acceperint et habent liberam administrationem, videamus, an quemadmodum donare non possunt, ita nec pascisci ne pignori sit possint. Sed dicendum est, ut concedere possint, scilicet si pretium pro pactione accipiant quasi vendant.* » Ce texte contient plusieurs interpolations : *hypothecam* doit être remplacé par *pignori*. V. en ce sens : Fehr, Pfandrecht, p. 85 (selon Ind. Interp.) ; Albertario, Riv. ital. sc. giur., t. 49 (1911), p. 64 ; Krüger ad h. l. Les mots : *et habent liberam administrationem* sont interpolés ; v. en ce sens : Lenel Paling ; Fehr, l. c. ; Krüger ; Longo, *op. cit.*, p. 196 ; Albertario, Rend. Lomb., t. 61 (1928), p. 844-845. La fin du texte (*sed, etc.*) n'est pas non plus classique ; v. Fehr, l. c. ; Albertario, dans les deux articles cités, et Krüger. Marcien se demandait si le pacte *ne res pignori sit* ne devait pas être considéré comme un libéralité et ainsi être interdit aux esclaves et aux fils (sous-entendu, même si ceux-ci avaient reçu une *concessio administrationis*). Il répondait vraisemblablement d'une manière affirmative. A la place de *sed dicendum est, etc.*, il faut peut-être lire : *et dicendum est non posse* (cf. Fehr, l. c.).

(13) V. fr. 34 pr. D. 46-2 ; 28, § 2, D. 2-14 ; 52, § 26, D. 47-2. La fin du fragment 34 pr. D. 46-2, depuis *utique*, paraît être une glose ou une interpolation (en ce dernier sens : Pringsheim, Z. S. S. f. R., t. 42 (1921), p. 308-309 ; v. également, pour l'interpolation des mots *utique... faciunt*, Albertario, Rend. Lomb., t. 61, 1928, p. 837). On peut également concevoir des doutes sur l'authenticité des mots : *non donationis causa* du fr. 52, § 26, D. 47-2 (v. Pringsheim, *op. cit.*, p. 309). M. Pringsheim (l. c.) a également mis en doute, mais peut-être à tort, la fin du fr. 28, § 2, D. 2-14 depuis : *quod et ipsum* (cf. Albertario, *op. cit.*, p. 836, qui efface : *etiamsi... concessam*). En ce qui concerne les autres interpolations que l'on a cru relever dans ces textes, v. *infra*, note 14.

Mais, de toute manière, nous ne pensons pas que, comme le soutient M. Pringsheim, *op. cit.*, p. 308-310, les jurisconsultes classiques aient permis au *subjectus*, même lorsqu'il était investi de l'*administratio peculii*, de nover, déléguer, transiger, *donationis causa*. Les textes cités dans les trois notes qui précèdent montrent que les jurisconsultes classiques considéraient le même acte comme un acte d'administration ou une libéralité suivant son résultat pratique.

autorisation, accomplir sur son pécule sont peu nombreux. La *concessio administrationis* est requise pour la validité de tous les actes à titre onéreux comportant aliénation ou abandon d'un droit actif du pécule individuellement considéré. De nombreux témoignages dont on a, à tort contesté récemment l'exactitude, montrent que seuls les *subjecti* pourvus de l'*administratio peculii* pouvaient, à cette époque, conclure un *mutuum* avec les deniers de leur pécule, vendre leurs *res peculiares*, payer *ex peculio* leurs débiteurs, donner en gage à leurs créanciers une *res peculiaris* ⁽¹⁴⁾, transiger avec les débiteurs du pécule ⁽¹⁵⁾, procéder

(14) V. fr. 1, § 1, D. 20-3 (Marcianus, *lib. sing. ad form. hypoth.*) et sur ce texte *supra*, note 11; cf. fr. 19 D. 13-7 (Marcianus *eod.*). V. encore fr. 18, § 4, D. 13-7 (Paul, *lib. 29 ad ed.*) : « *Servus rem pecularem si pignori dederit, tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit : nam et alienare eas res potest* » ; texte vraisemblablement interpolé, mais classique quant à sa substance, et qui est peut-être le résumé d'une plus longue dissertation de Paul. (La suppression des mots : *si... habuit*, proposée par M. Albertario, *op. cit.*, p. 842, ne nous paraît pas justifiée). V. également fr. 13 pr. D. 12-6 (Paul, *lib. 10 ad Sabinum*) : « *...et, si servus qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est* ». Cette phrase est peut-être une addition byzantine. (Cf. Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der Naturalis obligatio*, p. 34, qui conserve la partie finale citée du fr. 13 pr., mais supprime les mots précédents : « *et pignus pro eo datum tenebitur* », et Albertario, *op. cit.*, p. 843, qui efface seulement « *qui peculii administrationem habet* »).

(15) Fr. 52, § 26, D. 47-2 (Ulpianus, *lib. 37 ad ed.*) : « *Si servus meus, qui habebat peculii administrationem liberam, pactus sit cum eo non donationis causa, qui rem ejus pecularem subriperat, recte transactum videtur : quamvis enim domino quaeratur furti actio, attamen in peculio servi est* ». (Relativement aux mots *non donationis causa*, v. *supra*, note 13). Selon M. Albertario (*op. cit.*, p. 827), les compilateurs auraient substitué *peculii administrationem liberam* à *peculium*. L'auteur fait valoir en ce sens l'inversion : *administrationem liberam*, qui ne nous paraît pas choquante, et le motif de la décision : « *quamvis enim, etc.* ». L'explication *quamvis enim, etc.*, n'impose nullement la substitution de *peculium* à *peculii administrationem liberam*. Le jurisconsulte indique, tout d'abord, cette circonstance que l'esclave a la *libera administratio* ; puis il nous dit que la transaction est valable, et il s'explique : la seconde condition de validité de la transaction, à savoir que la créance appartient au pécule, est remplie. Il en est d'ailleurs ainsi pour Ulpien, que l'esclave ait ou non reçu déjà de son maître une concession de pécule.

à une novation ou à une délégation ⁽¹⁶⁾, ou conclure un pacte de *non petendo* ⁽¹⁷⁾ ou de serment ⁽¹⁸⁾ à l'occasion d'un *nomen peculiare*, enfin (s'il s'agit d'une *filia familias*) se constituer une dot ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾. Quant à la réception de paiement, nous verrons qu'elle ne faisait partie de l'*administratio peculii* que dans certains cas.

On a contesté parfois qu'une *concessio peculii* ait dû nécessairement habiliter les *subjecti* à l'accomplissement de plusieurs de ces actes ⁽²¹⁾, notamment du

(16) Fr. 48, § 1, D. 15-1 (Paul, *lib. 17 ad Plaut.*) ; 34 pr. D. 46-2 (Gaius, *lib. 3 de Verb. obl.*) ; cf. 21 D. 12-2 (Gaius, *lib. 5 ad ed., provinc.*) (M. Albertario, *op. cit.*, p. 837-838, soutient que les compilateurs ont substitué dans les deux premiers de ces textes la mention de la *concessio administrationis* à celle de la *concessio peculii*, mais sans invoquer d'arguments spéciaux.)

(17) Fr. 28, § 2, D. 2-14 (Gaius, *lib. 1 ad ed. prov.*) : « Si filius aut servus pactus sit, ne ipse peteret, inutile est pactum. Si vero in rem pacti sunt, id est ne ea pecunia peteretur, ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dominumve, si liberam peculii administrationem habeant et ea res de qua pacti sint peculiaris sit... » (cf. 30 D. 2-14, Gaius *eod.*). M. Albertario (*op. cit.*, p. 836) reconstruit ainsi ce texte : *Si filius aut servus pactus sit ne ipse peteret, inutile est pactum. Si vero ne ea pecunia peteretur, ita pactio rata habenda erit adversus patrem dominumve si pecunia peculiaris sit* ». Mais cette partie du fr. 28, § 2. est correcte et nous ne croyons pas que l'on doive considérer comme un indice d'interpolation l'emploi du pluriel (*pacti sunt — eorum — habeant — pacti sint*), après le singulier de la première phrase (*pactus sit*).

(18) Fr. 20 D. 12-2 (Paul, *lib. 18 ad ed.*) : « Servus quod delulit vel juravit, servetur, si peculii administrationem habuit ». (Inadmissible est la substitution de *peculium* à *peculii administrationem* proposée par M. Albertario, *op. cit.*, p. 840, sans arguments spéciaux. Nous ne pensons pas non plus qu'il faille effacer avec Pernice (Sakralrecht, t. 2, p. 1172, n. 4, selon Ind. Interp.), la phrase : *si... habuit*).

(19) V. déjà en ce sens Pomponius (*lib. 15 ad Sabinum*) au fr. 24 D. 23-3.

(20) Le pacte *ne res pignori sit* était probablement toujours considéré comme une libéralité et interdit même aux *subjecti* auxquels l'*administratio peculii* avait été concédée.

(21) Dietzel (Bekkers' Jahrbuch, t. 2, p. 17-18) croit que le *subjectus* ne devait avoir l'autorisation d'administrer son pécule que pour accomplir des actes ayant une nature formelle : il classe dans ceux-ci : le pacte de *non petendo*, la *transactio*, la *remissio pignoris*, le *jusiurandum voluntarium* et la novation. Brinz (Pand, t. 3, p. 626) soutient que le *subjectus*, même *sine administratione*, pouvait accomplir sur son pécule les actes nécessaires à la conservation et à l'utilisation normale d'un patrimoine (V.

prêt *ex nummis peculiaribus*, de la vente de *res peculiares*, du paiement *ex peculio*. Mais les principaux textes que l'on peut invoquer en ce sens émanent d'anciens jurisconsultes ; ces textes nous montrent seulement qu'au début de l'époque classique on ignorait la *concessio administrationis*, que pendant longtemps il y eût désaccord entre les jurisconsultes sur l'objet de cette *concessio*. Si, faisant abstraction de ces textes, on se place aux temps de Papinien, Paul et Ulpien, il apparaît que, seuls, les *subjecti* qui avaient reçu mandat d'administrer leur pécule, pouvaient accomplir les trois actes que nous venons d'indiquer.

B. — Ulpien, au fr. 11, § 2, D. 12-1 (22), et l'empê-

également les auteurs qui seront cités *infra*, note 36). Contre les théories de Dietzel et de Brinz, v. notamment Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 88 suiv.

(22) (Ulpian. *lib. 26 ad ed.*) : « *Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quæritur. Et quidem si servus meus cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua : fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. Quid ergo ? Vindicari nummi possunt si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi : quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi poterunt* ». Il est possible que, comme le soutient M. Albertario, *op. cit.*, p. 839, les compilateurs aient ajouté les mots : « *vel... domini* », mais nous ne pensons pas, à la différence de M. Albertario, qu'ils aient substitué *cui concessa est peculii administratio* à *cui concessum est peculium*. Ulpien, nous le répétons, ne faisait pas dépendre l'existence du pécule d'une *concessio peculii*. En outre, l'authenticité de la doctrine énoncée dans ce texte est confirmée par le fr. 48 pr. D. 15-1 de Paul.

L'opinion d'Ulpien nous est encore révélée par le texte suivant : fr. 3, § 2, D. 14-6 (Ulpian. *lib. 29 ad. ed.*) : « *...quemadmodum ipse dicit Julianus libro duodecimo, si filiusfamilias crediderit, cessare senatus consultum, quod mutua pecunia non fit, quamvis liberam peculii administrationem habuit : non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit : et ideo vindicationem nummorum patri superesse ait* ». M. Albertario (*op. cit.*, p. 846) supprime ici encore la mention de la *libera administratio peculii*. Il propose de lire ainsi la première partie de ce texte : « *...Si filius familias de peculio crediderit, cessare senatusconsultum, quod mutua pecunia non fit...* ». Et, sans affirmer l'interpolation de la phrase *non enim... permittit*, il suppose que le texte contenait cette explication : « *non enim ut perdat, ei peculium paterfamilias concedit* ». Mais Ulpien et Julien pouvaient-ils tenir le raisonnement que leur prête M. Albertario ? Certainement pas Ulpien dont nous connaissons la doc-

reur Gordien, dans la constitution 3 C. 8-43⁽²³⁾ exigent expressément pour la validité du prêt consenti par un esclave avec les deniers de son pécule, la concession préalable de l'administration. Paul, il est vrai, au fr. 2, § 4, D. 12-1 (*lib. 28 ad ed.*) nous dit que les esclaves et les fils de famille obligent en prêtant avec les deniers de leur pécule, sans parler de l'*administratio peculii*. « *In mutui datione, dit-il, oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias et servus dantes peculiares nummos obligant* [: *id enim tale*

trine en matière de *concessio peculii*. Or, Ulpien adopte le raisonnement de Julien. D'ailleurs, il résulte implicitement du fr. 32 D. 46-3 que, pour Julien, seuls les *subjecti* qui avaient la libre administration de leur pécule pouvaient valablement prêter *ex peculio*. Ce n'était donc pas de la *concessio peculii*, mais de la *concessio administrationis* qu'Ulpien devait parler. M. Albertario signale comme indice d'interpolation l'emploi de *quamvis* avec l'indicatif. Le subjonctif serait plus correct. Mais il arrivait aux auteurs littéraires eux-mêmes d'employer *quamvis* avec l'indicatif : v., en effet, l'exemple donné par Rieman, Grammaire Latine, p. 340 : Cornelius Nepos, Mil. 2-3. M. Albertario remarque encore que le texte ne fait pas mention d'une circonstance essentielle, à savoir que l'objet du *mutuum* est une *res peculiaris*. En interpolant ce texte, les compilateurs auraient été entraînés à supprimer, contre leur intention, la mention de cette circonstance. En réalité, l'interpolation prétendue des mots : *quamvis... habuit* n'aurait pu entraîner la suppression des mots : *de peculio*, dans le membre de phrase précédent, si ceux-ci avaient été écrits par Julien et Ulpien. Mais Julien et Ulpien n'apportaient pas, en réalité, cette précision inutile ici. La question de savoir si l'*accipiens*, ou plutôt son *pater*, était devenu propriétaire des deniers prêtés, ne pouvait se poser que lorsque le prêt était fait *ex peculio* par un *subjectus* ayant l'*administratio peculii*. Mais, la mention dans notre texte de l'*administratio peculii* montrait surabondamment qu'il s'agissait d'un prêt *ex peculio* ».

(23) (Gordianus Apollonio; a. 238) : « *Si cum servus liberam peculii administrationem haberet, mutuam pecuniam ab eo accepisti, eique ante ademptum peculium vel priusquam ademptum cognosceres eam exsolvesti, ea solutione liberatus es* ». Selon M. Albertario (*op. cit.*, p. 839), les mots *liberam peculii administrationem* auraient été, ici encore, substitués par les compilateurs à *peculium*. La preuve de cette substitution nous serait fournie par la suite du rescrit où nous lisons : « *ante ademptum peculium vel priusquam ademptum cognosceres* », et non : « *ante ademptam liberam administrationem peculii vel priusquam ademptam cognosceres* ». Le retrait de la *concessio administrationis* eût certainement rendu le *servus* inapte à recevoir le remboursement du prêt. Mais Gordien s'occupe d'un cas concret. Le maître, en l'espèce, n'a pas retiré seulement l'autorisation d'administrer ; il a repris le pécule.

est, quale] <eos, qui nummos accipiunt quia> ⁽²⁴⁾ *sī voluntate mea tu des pecuniam* [nam] ⁽²⁵⁾ *mihi actio adquiritur* [licet mei nummi non fuerint] ⁽²⁶⁾. Il convient tout d'abord de remarquer que Paul n'avait pas ici à préciser les conditions de validité du prêt consenti par le *subjectus* avec les deniers de son pécule. Mais il y a mieux, Paul explique la validité de ce prêt en disant que le mandataire *sui juris* peut également prêter pour le compte du mandant. Il résulte de cela que, pour Paul, le *subjectus* tenait d'une autorisation ou d'un mandat de son *paterfamilias* le pouvoir de prêter *ex peculio*. Or, pour Paul, cette *voluntas domini* ne pouvait se manifester que dans la *concessio administrationis* ou dans une autorisation spéciale, non dans la *concessio peculii*, puisque ce jurisconsulte permettait la formation du pécule *insciente domino*.

C. — La vente de *res peculiares* fut, elle aussi, comprise dans l'*administratio peculii*. Nous avons en ce sens le témoignage de nombreux juristes : Venuleius ⁽²⁷⁾, Paul ⁽²⁸⁾, Ulpien ⁽²⁹⁾, Marcien ⁽³⁰⁾, ainsi que celui des empereurs Maximien et Dioclétien ⁽³¹⁾.

(24) Beseler, Beiträge, t. 4, p. 126.

(25) Beseler, l. c.

(26) Hayman, Iherings Jahrbücher, t. 41 (2^e Folge), 1927, p. 217, n. 2.

(27) Fr. 15, § 3, D. 44-3 (Venuleius, lib. 5 interdictorum) : « Sed et si a filio vel servo rem emero, accessio temporis et quo apud patrem aut dominum fuit ita danda est mihi, si aut voluntate patris dominive aut cum administrationem peculii haberet vendidit ». Venuleius, dans le texte cité, comme Paul au fr. 14 pr. D. 41-2, fait dépendre l'*accessio temporis* de la validité de la vente ; c'est pourquoi il exige que l'esclave ou le fil vendeur ait l'administration de son pécule, lorsque la vente porte sur une *res peculiaris*. — Contre l'interprétation différente de Dietzel (*op. cit.*, p. 17) v. Mandry (*op. cit.*, t. 2, p. 92).

Ce texte est encore un de ceux dont M. Albertario a récemment contesté l'authenticité (v. *op. cit.*, p. 840). Aux mots de *peculio*, les compilateurs auraient substitué les mots *cum administrationem peculii haberet*. Les mots introduits par les compilateurs,

D. — Les témoignages par contre sont beaucoup moins abondants relativement à l'incorporation dans la *libera administratio peculii* du paiement *ex peculio*. Et, peut-être, faut-il écarter celui de Paul au fr. 13 pr. D. 12-6 ⁽³²⁾. Mais la *concessio administrationis* était

ajoute M. Albertario, sont équivoques, car l'esclave ou le fils pouvait avoir l'*administratio peculii* et la res vendue ne pas faire partie du pécule. Mais vraiment, Venuleius, en s'exprimant dans les termes rapportés par la compilation, devait-il craindre que les lecteurs se méprennent sur sa pensée ? Il était bien évident que la *concessio administrationis* ne pouvait autoriser que l'administration du pécule, non celle des biens appartenant au patrimoine direct du maître.

(28) V. fr. 18, § 4, i. f. D. 13-7 (texte dont l'authenticité est douteuse) et fr. 14 pr. D. 41-2.

Fr. 14 pr. D. 41-2 (Paul lib. 68 ad ed.) : « *Si servus vel filiusfamilias vendiderit, dabitur accessio ejus, quod penes me fuit, scilicet si volente me aut de peculio, cujus liberam peculii administrationem habuerunt, vendiderunt* ». Selon MM. Longo (op. cit. p. 196) et Albertario (op. cit. p. 840-841), les mots : *cujus... vendiderunt* seraient interpolés. Paul aurait écrit : « *Scilicet si volente me aut de peculio vendidit* ». On peut invoquer contre l'authenticité de ce texte le passage du singulier (*vendiderit*) au pluriel (*habuerunt, vendiderunt*). Mais ce texte a pu subir une interpolation de pure forme, analogue à celle du fr. 1, § 1 D. 20-3. La reconstitution proposée est arbitraire et se heurte aux arguments d'ordre général que nous avons opposés aux théories de MM. Longo et Albertario.

(29) Fr. 41, § 1 D. 6-1 (Ulpian. lib. 17 ad ed.) : « *Si servus mihi vel filiusfamilias fundum vendidit et tradidit habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero...* ». Les mots : *vel filiusfamilias*, mal placés, ont été ajoutés par les compilateurs : v. en ce sens Solazzi, Rend. Lomb., t. 56 (1923), p. 152, n. 2 (selon M. Albertario, op. cit., p. 841, nous devrions lire ainsi ce texte : « *Si servus mihi vel filiusfamilias fundum peculiarem vendidit et mancipio dedit, pretio soluto in rem actione uti potero* »).

(30) Fr. 19 D. 13-7.

(31) C. 10 C. 4, 26 (Dioclet. et Maxim. Aphrodisio, a. 294) : « *Si liberam peculii administrationem habentes equas cum fetu de peculio servi venum dederunt, reprobandi contractum dominus nullam habet facultatem...* » (De l'interpolation certaine des mots : *non habentes liberam peculii administrationem*, dans la partie non citée du texte, il ne résulte nullement l'interpolation des mots : *liberam peculii administrationem habentes*, soutenue par M. Albertario, op. cit., p. 842).

(32) (Paul. lib. 10 ad Sabinum) : « *Naturaliter etiam servus obligatur : et ideo, si quis nomine ejus solvat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit ex peculio, cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit* ». L'affranchi peut librement payer les dettes naturelles qu'il a contractées pendant l'esclavage, soit avec les biens qu'il a acquis après l'affranchissement, soit avec le pécule que son maître lui a laissé. Les mots : « *ex peculio, cujus liberam administrationem habeat* » n'ont donc ici

déjà exigée par Proculus pour la validité du paiement *ex peculio* ⁽³³⁾, et, elle l'était également par Papinien, comme cela résulte, à notre sens, du fr. 94, § 3, D. 46-3 ⁽³⁴⁾.

Le cas considéré dans ce texte était le suivant : un esclave, préposé à la gestion des biens de son maître absent, avait acquitté une dette relativement à laquelle le maître possédait une exception. Papinien donne au *dominus*, non la *condictio indebiti*, mais la revendication. Le paiement est radicalement nul, la propriété des deniers n'a pas été transférée parce que l'esclave a outrepassé le mandat qui lui était donné. En effet, dit Papinien, il n'est guère vraisemblable que le maître ait préposé son esclave au paiement de sommes qui ne devaient pas être payées ; et il ajoute : « *non magis quam ut nummos peculiares, ex causa fidejussionis, quam servus non ex utilitate peculii suscepit solveret* ».

En l'espèce, l'esclave a reçu la mission de gérer les biens de son maître, à ce titre il pouvait également administrer son propre pécule — cela nous explique d'ailleurs pourquoi Papinien ne parle pas de l'*admi-*

aucun sens. La phrase, en outre, est maladroitement coupée par les mots : *ut Pomponius scribit*. Ces raisons permettent de supposer que les mots : *ex peculio cujus liberam administrationem habeat* sont interpolés ou glosés (V. Gradenwitz, *op. cit.*, p. 35 ; Krüger ad h. l. ; Albertario, *op. cit.* p. 843 ; Beseler, *Romanitische Studien-Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 8 (1928), p. 322 ; J. Vazny, *Naturalis obligatio Studi Bonfante*, vol. 4, p. 154). Cela n'est cependant pas certain. On pourrait, en effet, corriger ce texte en introduisant entre *manumissus* et *ut Pomponius scribit*, le mot *vel* (v. en ce sens Lenel, *Palingenesia*, Paulus, n° 1820, et Bonfante, *Dig. Mil. ad h. l.*) ou le mot *aut* (v. en ce sens Mommsen et Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 95, n. 11) ; un copiste a pu omettre d'écrire le mot *vel* ou le mot *aut*.

(33) Paragraphe suivant, numéro 5.

(34) V. également en ce sens : Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 97.

nistratio peculii. Pour Papinien, c'est de ce mandat que l'esclave tient, non seulement la faculté d'acquitter les dettes du maître avec les deniers du patrimoine direct de celui-ci, mais encore la faculté de payer les dettes de son pécule avec des *nummi peculiares*. La fidéjussion, *quam servus non ex utilitate peculii suscepit*, est nulle; elle ne peut pas être la cause d'une action *de peculio* contre le maître. En effectuant un paiement avec les deniers du pécule pour une semblable fidéjussion, l'esclave, nous dit Papinien, outrepasserait le mandat qui lui a été donné : le maître ne peut pas l'avoir préposé à un paiement de cette sorte. Ce raisonnement n'aurait aucun sens si les *subjecti* avaient le pouvoir propre de payer *ex peculio*. Qu'importerait alors l'étendue du mandat donné à l'esclave? Il suffirait que le maître ne lui ait pas expressément retiré ce pouvoir.

Il convient enfin de remarquer que Papinien donne au maître, non la *condictio indebiti*, mais la *vindictio*, alors que, dans ce même cas, Julien, qui ne comprenait pas encore dans l'*administratio peculii* le paiement *ex peculio* donnait au maître la *condictio indebiti* ⁽³⁵⁾.

Donc, pour Papinien, les *subjecti* ne pouvaient acquitter les dettes de leur pécule avec des *nummi peculiares* que s'ils avaient l'administration du pécule (que cette administration leur soit expressément donnée ou qu'elle soit implicitement comprise dans un mandat plus large).

(35) V. paragraphe suivant, numéro 4.

Rien ne laisse supposer que l'opinion de Papinien n'ait pas été admise d'une façon générale à l'époque où nous nous plaçons ⁽³⁶⁾.

E. — Le *subjectus* non autorisé à administrer son

(36) Brinz (Pand., t. 3, p. 628, texte et note 25) pense que les *subjecti sine administratione* pouvaient acquitter avec leur pécule au moins les dettes nées à l'occasion de celui-ci. Il cite en ce sens les fr. 24 pr. D. 19-1; 19 D. 46-1 de Julien; 94, § 3 D. 46-3 de Papinien et 43, § 2 D. 41-1 de Gaius. Le texte de Papinien, nous le savons, prouve, en réalité, tout le contraire. Quant aux deux textes de Julien, ils nous montrent (au moins le second) que ce jurisconsulte ne suivait pas encore, en cette matière, la doctrine qui devait plus tard triompher. Enfin, le fr. 43, § 2 D. 41-1 ne prouve rien en faveur de la thèse de Brinz. Gaius, ici, se demande à qui appartient l'objet acheté pour le compte de son pécule par un *servus fructuarius*. La chose, dit-il, appartiendra à l'usufruitier si l'esclave paye *ex peculio, quod ad fructuarium pertinet*, au nu-propriétaire dans le cas inverse. Le jurisconsulte ne parle pas de l'*administratio peculii*. Mais il devait nécessairement supposer remplies les conditions requises pour la validité du paiement.

Brinz (*op. cit.*, t. 3, p. 630, note 39) soutient encore que le *filius* pouvait, sans autorisation, payer le montant des condamnations prononcées contre lui, la condamnation judiciaire équivalant à l'autorisation du *paterfamilias*. Mais les textes qu'il invoque en ce sens n'impliquent pas cela (fr. 5 pr. D. 14-5; 3, § 11 D. 15-1; 10, § 2 D. 46-1).

Accarias (Précis, t. 2, p. 1187 en note) croit qu'il faut distinguer suivant l'objet du paiement. Une concession préalable de l'*administratio* aurait été nécessaire lorsque le paiement était fait avec le fonds du pécule, non lorsqu'il était fait avec des sommes d'argent et les revenus du pécule. « Cette distinction, dit Accarias, nous rend compte de divers textes qui au premier aspect semblent se contredire (l. 19, de Fidej., 46-1, l. 10 C. *Quod cum eo qui etc.*, 4, 26) ». Mais le fr. 94, § 3 D. 46-3 de Papinien nous montre que, pour ce juriste, les *subjecti* devaient avoir l'administration du pécule, même pour acquitter leurs dettes avec des *nummi peculiares*. Une comparaison entre les fr. 19 D. 46-1 de Julien et 94, § 3 D. 46-3 de Papinien montre que Julien et Papinien suivaient des doctrines diverses, relativement aux conditions de validité du paiement *ex peculio*.

Signalons enfin la théorie émise par M. Eisele (Z. S. S. f. R., 1906, p. 66 suiv.) à l'occasion d'une étude du fr. 25, § 1 D. 7-1 d'Ulpien (texte d'ailleurs fortement altéré, cf. les nombreux auteurs cités par l'Index Interp.). Selon M. Eisele, l'esclave, pouvant acquérir pour son maître, aurait de plein droit la faculté de faire tout ce qui est nécessaire pour l'acquisition, notamment de payer avec la *res dominica*. S'il en était ainsi, il faudrait admettre *a fortiori* que l'esclave pouvait payer avec les deniers de son pécule, sans aucune autorisation, le prix des objets qu'il avait achetés *peculii nomine*. Mais v. pour la réfutation de cette théorie, l'article de M. Buckland dans R. H. de droit, t. 32, (1908), p. 226 suiv.

pécule pouvait-il valablement recevoir le paiement de ses *nomina peculiaris* (37) ?

Les sources sont sur cette question peu explicites. Un seul texte, le fr. 21 D. 12-2 de Gaius, laisse entendre que la réception de paiement faisait toujours et nécessairement partie des actes que devait autoriser la *concessio administrationis*. Mais ce texte très court, arbitrairement découpé par les compilateurs, n'a cette signification qu'en liaison avec le texte de Paul qui le précède au Digeste (38). On peut croire, dans ces conditions, que les paroles de Gaius avaient une signification autre ou une portée moindre dans l'œuvre du jurisconsulte (39).

Il faut, croyons-nous, distinguer, suivant que la prestation fournie au *subjectus* est due en vertu d'un acte compris ou non dans l'*administratio*. Dans le premier cas seulement, le *subjectus* doit être investi de la libre administration de son pécule au moment de la *olutio*.

La *concessio administrationis* est un mandat ; ne doit-on pas supposer que le *subjectus*, comme tout mandataire, ne peut recevoir paiement qu'autant que le mandat, en vertu duquel il a agi, ne lui a pas été retiré ? Non seulement cela découle des principes généraux

(37) En faveur de l'affirmative, v. : Dietzel, Bekkers, Jahrbuch, t. 2, p. 17 ; Brinz, Pandekten, t. 3, p. 627. En faveur de la négative, v. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 93-94. Une position intermédiaire est prise par M. Buckland, T. R. L. of Slavery, p. 203.

(38) Fr. 20 D. 12-2 (Paul. lib. 18 ad ed.) : « *Servus quod detulit vel juravit, servetur, si peculii administrationem habuit* ».

Fr. 21 h. t. (Gaius lib. 5 ad ed. prov.) : « *Huic enim solvi quoque recte potest et novandæ obligationis jus habuit* ».

(39) Cf. Buckland, *l. c.*

raux, mais on peut encore en trouver la preuve dans deux textes, l'un de Pomponius, l'autre de Julien.

Pomponius nous dit au fr. 24 D. 23-3 : « *Si filia familias nuptura ex peculio, cujus administrationem habet, dotem viro dedit, deinde, cum in eadem causa peculium ejus esset, divortium fecerit, dos ei recte solvitur quasi a quolibet peculiari debitore* » ⁽⁴⁰⁾. Le paiement n'est donc libératoire que si le *peculium* se trouve dans la même *causa* qu'au moment de la constitution de dot, c'est-à-dire si la *filia* en a encore l'*administratio*.

Le texte de Julien est le fr. 32 D. 46-3 où nous lisons : « *Si servus peculiari nomine crediderit eique debitor, cum ignoraret dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, liberabitur* ». Dans l'hypothèse envisagée par le jurisconsulte, le paiement n'est libératoire que parce que le débiteur ignorait le décès du maître. Cette décision s'explique aisément, si on admet que, pour Julien, le *subjectus* puisait dans la *concessio administrationis*, non seulement le pouvoir de prêter *ex peculio*, mais encore celui de recevoir le remboursement des deniers prêtés.

Par contre, il est peu vraisemblable que les jurisconsultes aient toujours exigé pour la validité du

(40) M. Albertario, *op. cit.* p. 838, soutient l'interpolation des mots : *cujus administrationem habet*. Mais il nous semble difficile d'admettre que, par les mots : *cum in eadem causa peculium ejus esset*, le jurisconsulte ait voulu faire allusion, non au retrait de l'*administratio*, mais au retrait du pécule. La fin du texte (*quasi etc.*) ne révèle nullement, comme le soutient l'auteur, l'interpolation des mots : *cujus administrationem habet*. Pomponius veut nous dire, par les mots : « *dos ei recte solvitur quasi a quolibet peculiari debitore* », que, malgré sa nature spéciale, la créance en restitution de dot est traitée comme n'importe quelle autre créance du pécule.

paiement fait au *subjectus* que ce dernier soit investi de l'*administratio*. Les textes de Pomponius et de Julien ont trait seulement au paiement de créances nées d'actes que le *subjectus* tenait le pouvoir d'accomplir de la *concessio administrationis*. Quant au texte de Gaius, texte dont la signification primitive est douteuse peut-être était-il relatif à un contrat de cette sorte.

Ulpien, lorsqu'il s'occupe du paiement des *nomina pecuniaria*, ne parle pas de la *concessio administrationis* ⁽⁴¹⁾. Le silence du jurisconsulte serait étonnant, si la validité de la réception de paiement était toujours subordonnée à une concession préalable de l'*administratio*. Il n'est pas vraisemblable non plus, qu'Ulpien, à la différence de Pomponius et de Julien, n'ait jamais compris la réception de paiement dans la libre administration du pécule. On conçoit fort bien, au contraire, qu'Ulpien, s'occupant du paiement des *nomina pecuniaria* en général, n'ait pas parlé de la *concessio administrationis*, si cette dernière était requise seulement pour la validité de certains paiements.

Dans la réception par le *subjectus* du paiement de ses *nomina pecuniaria*, les jurisconsultes ne voyaient pas un acte, en principe, contraire aux droits du *paterfamilias*. Le but de toute créance est la *solutio*; or, le bénéfice du paiement est pour le pécule, lorsqu'il s'agit d'un *nomen pecuniare*. Toutefois, quand ce *nomen pecuniare* est né d'un acte requérant chez le *subjectus* le pouvoir de l'*administratio*, comme la conces-

(41) V. ainsi fr. 26, § 8, D. 12-6. Cf. fr. 11, D. 16-3.

sio administrationis est un mandat, le *subjectus* ne peut plus recevoir paiement après retrait de ce mandat. Le *paterfamilias*, en retirant le mandat en vertu duquel le *subjectus* a contracté, a manifesté sa volonté d'interdire au *subjectus* de participer aux actes juridiques conséquence de son contrat.

F. — On a voulu, parfois, comprendre parmi les pouvoirs que le *subjectus* tient de la *concessio administrationis*, celui de contracter envers les tiers des obligations susceptibles de donner lieu à une action *de peculio* contre le *paterfamilias* ⁽⁴²⁾. De nombreux arguments militent contre cette théorie ; le plus décisif nous est fourni par les fr. 29, § 1, et 47 pr. D. 15-1. Dans ces deux textes, Gaius et Paul enseignent que les dettes contractées par un esclave malgré la défense formelle de son maître peuvent donner lieu à l'action *de peculio*. Il est bien évident que le *subjectus* ne tient pas du mandat général d'administrer le pouvoir de rendre le *paterfamilias* passible de l'action *de peculio*, car la défense de contracter vaudrait comme un retrait au moins partiel de ce mandat. Dès l'époque de Julien le *subjectus* ne tient même plus de la *concessio peculii* un semblable pouvoir, l'action *de peculio* pouvant être intentée en raison d'un *ante gestum*.

Si le *subjectus* peut librement grever de dettes son pécule en contractant avec les tiers, depuis la moitié du second siècle il ne peut accomplir, sans autorisation, aucun acte comportant aliénation d'un élément actif individuellement considéré, de son pécule.

(42) V. : Cuq, *Institutions*, t. 2, p. 237 ; Costa, *Storia*, p. 457 ; Bonfante, *Corso*, t. 1, p. 98 ; Betti, *Corso*, t. 1, p. 171.

Cela s'explique. Le pécule est le *quasi-patrimonium* du *subjectus* et il est légalement affecté au paiement des dettes contractuelles de son titulaire. Mais chacun des droits qui en composent l'actif appartient au *paterfamilias*. Lorsqu'on ne fit plus dépendre l'existence et la constitution du pécule d'une concession du *paterfamilias*, les pouvoirs que le *subjectus* ne tenait pas d'une *concessio administrationis* ou d'une autorisation spéciale apparurent comme des pouvoirs propres aux personnes en puissance. On ne pouvait donc reconnaître au *subjectus*, parmi ces pouvoirs propres, celui d'aliéner les droits composant l'actif de son pécule. On comprend dès lors pourquoi à l'époque où nous nous plaçons, l'*alieni juris* peut, par exemple, déposer ses *res peculiares*, les donner en précaire, tandis qu'il ne peut pas accomplir des actes infiniment plus utiles à la gestion de son pécule.

Mais en était-il déjà ainsi avant la transformation des règles relatives à la constitution du pécule ? C'est ce qu'il importe de rechercher maintenant.

§ II. — LES POUVOIRS DU « SUBJECTUS » SUR SON PÉCULE
DEPUIS L'ÉDIT « DE PECULIO » JUSQU'AU MILIEU
DE L'ÉPOQUE CLASSIQUE.

I. Exactitude des vues de Pernice sur la formation à l'époque classique de la théorie de l'*administratio peculii*. — II. Une concession préalable de l'*administratio peculii* (outre celle qui pourrait être censée implicitement comprise dans la *concessio peculii*) n'est pas exigée par Alfenus Varus pour la validité de la vente *ex peculio* (fr. 34 D. 41-3). — III. Elle n'est pas exigée non plus par ce jurisconsulte pour la validité du prêt *ex peculio* (fr. 35 D. 46-3). — Cette manière de voir est encore admise par Pomponius (fr. 19 D. 46-3), non par

Julien (fr. 3 § 2 D. 14-6; 32 D. 46-3). — IV. Julien, à la différence de Pomponius, suit l'ancienne doctrine relativement au paiement *ex peculio* (fr. 19 D. 46-1). — V. Proculus exigeait pour la validité du paiement *ex peculio* une autorisation préalable d'administrer (fr. 84 D. 46-3; 53 D. 12-6). — VI. Comment s'explique, à notre avis, l'évolution dont la théorie de l'*administratio peculii* a été l'objet.

I. — Il est certain que les *subjecti* n'eurent jamais la faculté de disposer de leur pécule par testament, sous réserve de l'exception déjà indiquée, et que, de tout temps, ils durent être spécialement autorisés par leur *paterfamilias* pour faire avec leur pécule des donations valables. Il semble, par contre, qu'ils aient eu de plein droit, au début de l'époque classique, la libre administration de leur pécule.

Pernice, dans son ouvrage sur Labéon ⁽¹⁾, a soutenu que Proculus était le premier à connaître une *concessio administrationis*; qu'au début de l'empire, les *subjecti* pouvaient librement accomplir, dans la gestion de leur pécule, les actes auxquels ils durent être plus tard habilités par cette concession. Cette thèse, qui n'est pas en général admise par les auteurs ⁽²⁾, nous semble confirmée par les textes : ceux-ci nous montrent également qu'à l'époque de Pomponius et de Julien, la *concessio administrationis* n'était pas encore

(1) Labeo, t. 1, p. 133 suiv.

(2) La théorie de Pernice est suivie par Trinchery, selon M. G. Longo, *op. cit.*, p. 189, et, semble-t-il aussi, par M. de Koschembar-Lyskowski (die *Condictio als Bereicherungsklage*, t. 2, p. 231). V. contre la théorie de Pernice notamment Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 90, n. 5; Buckland, t. R. L. of Slavery, p. 202; G. Longo, *op. cit.*, p. 189 suiv. Kuntze (Cursus, p. 534, n. 10) croit, comme Pernice, que la théorie de l'*administratio peculii* est une création de la jurisprudence impériale. Mais, à son avis, les *subjecti* ne pouvaient primitivement accomplir les actes plus tard autorisés par la *concessio administrationis* qu'avec une autorisation spéciale de leur *paterfamilias*. C'est en ce sens que semble également se prononcer Huvelin (Furtum, p. 497, n. 2).

exigée pour la validité de tous les actes d'administration comportant abandon ou aliénation d'un droit du pécule ; que ces deux jurisconsultes n'exigeaient pas toujours la *concessio administrationis* pour les mêmes actes.

L'évolution dont la théorie de l'*administratio peculii* fut l'objet, nous est révélée par des textes relatifs à trois actes juridiques : la vente de *res peculiares*, le prêt *ex nummis peculiaribus*, le paiement *ex peculio* (3).

II. — Pernice déduit des fr. 34 D. 41-3 et 14 D. 44-1 d'Alfenus que ce jurisconsulte n'exigeait pas, pour la validité de la vente des *res peculiares*, qu'une *concessio administrationis* ait été faite au *subjectus* vendeur. A la vérité, le second de ces textes ne pourrait à lui seul nous faire connaître l'opinion d'Alfenus. Sans doute, il y est question de la vente par un fils de famille d'un *servus peculiaris*, et le jurisconsulte ne nous dit pas si ce *filius* avait ou non reçu une *conces-*

(3) Pernice, qui ne parle pas du prêt *ex nummis peculiaribus*, a cru trouver des indices en faveur de sa thèse dans des textes relatifs à la réception de paiement. Il relève une opposition entre les doctrines exposées par Alfenus (fr. 35 D. 46-3) et même par Labéon et Sabinus et celles exposées par Julien (fr. 32 D. 46-3), Africain (fr. 41 D. 12-1) et Ulpien (fr. 11 D. 16-3). Ces derniers jurisconsultes, à la différence des premiers, trouveraient le criterium de validité du paiement dans la *bona fides* du débiteur. Mais, en réalité, les uns et les autres de ces jurisconsultes fondent leurs décisions, dans les textes cités, sur la bonne foi du *solvens* (V. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 91 en note et G. Longo, *op. cit.*, p. 190). Nous savons d'ailleurs, que même à la fin du deuxième siècle, seule la réception du paiement de créances nées d'actes supposant chez le *subjectus* la faculté d'administrer son pécule faisait partie de la *libera administratio peculii*.

On peut seulement opposer les fr. 35 D. 46-3 d'Alfenus et 32 D. 46-3 de Julien. Alfenus semble n'exiger chez le *subjectus* le pouvoir de l'*administratio*, ni pour la conclusion d'un *mutuum ex peculio*, ni pour le remboursement du prêt, tandis que Julien fait de l'autorisation d'administrer une condition de validité du prêt et de sa restitution au *subjectus*.

sio administrationis. Mais on pourrait croire celle-ci sous-entendue. Un indice plus sûr nous est fourni par le fr. 34 D. 41-3.

Alfenus, d'après Paul (4), nous dit dans ce texte : « *Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse* ». La vente envisagée par Alfenus est-elle valable ? Faut-il déduire de ce texte qu'à l'époque d'Alfenus, les *subjecti* pouvaient aliéner à titre onéreux, sans autorisation, les objets de leur pécule ?

Supposons que, dans l'hypothèse envisagée par Alfenus et pour ce juriste, l'esclave n'ait pas été habile à vendre les objets de son pécule à cause du défaut d'autorisation. L'acheteur pourrait-il encore usucaper ? Oui ou non suivant les circonstances. Si l'esclave a agi *furandi animo* ou si l'acheteur est de mauvaise foi, la chose vendue et livrée est furtive (5) : comme telle, elle ne peut pas être usucapée. Pour que la chose

(4) Alfenus Varus *lib. 1 digestorum a Paulo epitomatorum*.

(5) Huvelin, *Furtum*, p. 497, n. 4, ne considère la chose comme furtive que dans le second de ces cas : « l'esclave, dit-il, ne commet pas de *furtum* au dépens de son maître ». Mais Ulpien nous enseigne, au contraire, au fr. 17 pr. D. 47-2, que les fils et les esclaves pouvaient commettre un *furtum* à l'encontre de leur *paterfamilias*, bien qu'aucune action ne naisse contre eux (V. en ce sens Appleton, Les négations intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes Florentines à propos d'un livre récent, p. 18-19). Et nous avons lieu de penser que cette doctrine, exposée par Ulpien dans ses *libri ad Sabinum*, était admise par les anciens juristes. Julien nous apprend au fr. 57, § 3 D. 47-2 qu'un esclave commettrait un *furtum* en remettant à un tiers *furandi animo* un objet de son pécule. Huvelin explique ainsi ce texte : « A l'époque classique, Julien dira il est vrai, que l'esclave qui détourne des valeurs du pécule *furandi animo* commet un *furtum*. Mais ce n'est là qu'une façon de parler, commode pour expliquer l'application de la loi Atinia aux valeurs détournées. On constate d'ailleurs que ce soi-disant *furtum* se consomme, non par le détournement, mais par la tradition faite à autrui ». Il est aisé d'expliquer pourquoi, dans l'hypothèse envisagée par Julien au fr. 57, § 3, il n'y a vol que lorsque la chose est remise à un tiers. Jusqu'à ce moment aucun acte matériel n'a consommé le vol : or, on ne peut pas commettre un vol *nudo animo*.

puisse être usucapée, il faudrait que l'esclave n'ait pas agi *furandi animo* et que l'acheteur soit de bonne foi. Alfenus aurait dû ainsi faire une distinction, dont il n'est aucunement question dans notre texte. La sentence qu'il rend ici a une portée générale : elle ne peut pas se fonder comme on l'a soutenu sur la bonne foi des parties à la vente (6).

Ne doit-on pas alors supposer qu'à l'époque d'Alfenus l'esclave pouvait, sans y être autorisé (autrement que par la *concessio peculii*), vendre les objets de son pécule, et que, lorsque la propriété n'en avait pas été transférée, l'acheteur pouvait les usucaper ?

C'est l'explication qui nous semble la meilleure. On en a proposé d'autres que nous devons examiner (7).

On a soutenu qu'Alfenus sous-entendait une concession préalable de l'administration (8). Cela n'est pas admissible. Si une concession préalable de l'administration, en enlevant tout caractère de furtivité à la chose vendue, avait justifié la décision du juriste, ce dernier aurait au moins mentionné cette *concessio administrationis* dans l'exposé des faits.

Pour Huvelin, la chose vendue (9) pouvait être une *res furtiva*, mais l'usucapion en était possible au temps d'Alfenus parce que la prohibition de la loi *Atinia* ne s'appliquait encore qu'aux *res subreptæ*. « De deux choses l'une, dit Huvelin (10), ou bien l'acheteur

(6) V. ainsi Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 90, n. 5.

(7) Nous signalons simplement ici l'interprétation inadmissible de Cujas (*Observationes*, livre 15, chap. 18) selon lequel *insciente* serait pris dans le sens de *admodum sciente*. V. pour la réfutation, Huvelin, *op. cit.*, p. 496, n. 3; Appleton, *op. cit.*, p. 20.

(8) Ainsi Gandolfo, *La Reversio ad dominum*, Arch. Giurid., t. 35 (1885), p. 163, n. 1 et en sens contraire Huvelin, *op. cit.*, p. 497.

(9) *Op. cit.*, p. 496 suiv.

(10) *Op. cit.*, p. 497.

était de bonne foi ; ou bien il était de mauvaise foi ? Etait-il de bonne foi ? Il ne commettait pas de *furtum*... : dès lors il usucapait sans obstacle. Etait-il de mauvaise foi ? Il commettait un *furtum*, et l'objet acheté devenait une *res furtiva*. Mais il n'y a pas eu soustraction, *subreptio*, et le *furtum* n'était qu'un *furtum improprium*. La loi ne s'appliquait pas, et l'acheteur pouvait encore usucaper. De toute façon la solution reste la même ».

Mais la théorie d'Huvelin sur la portée primitivement restreinte de la loi Atinia est fort contestable ⁽¹¹⁾. En outre, même si à l'époque d'Alfenus, l'interdiction d'usucaper n'avait trait qu'aux *res subreptæ*, la mauvaise foi de l'acquéreur aurait rendu l'usucapion impossible ⁽¹²⁾. Nous avons, en effet, tout lieu de penser qu'au temps d'Alfenus la bonne foi était déjà une des conditions de l'usucapion ⁽¹³⁾. Alfenus aurait dû par conséquent nous dire que l'usucapion était possible lorsque l'acheteur était de bonne foi. Or, il ne dit rien de tel. Pour Alfenus la chose vendue n'était pas furtive, et, comme l'esclave pouvait vendre valablement, il n'y avait pas à rechercher sur ce point la bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur.

Enfin, l'interprétation donnée par Pernice, et que nous adoptons, justifie mieux que toute autre le choix par Alfenus de l'hypothèse qu'il envisage ici. Alfenus nous dit que l'objet remis à un tiers est une *res pecu-*

(11) V. le compte rendu de M. Debray sur l'ouvrage d'Huvelin dans R. H. de droit, 1921, p. 294 suiv., notamment p. 300 suiv.

(12) Cf. Gaius, Com. 2, § 49 et sur ce texte Accarias, Précis, t. 1, p. 573.

(13) V. Girard, Manuel, p. 318 en note.

liaris, et qu'il a été remis en vertu d'une vente. Tout cela s'explique à merveille si l'on admet que pour Alfénus l'esclave pouvait, sans autorisation (autre que celle découlant de la *concessio peculii*), accomplir les actes plus tard permis par la *concessio administratio-nis*. A l'époque d'Alfénus, l'esclave ne pouvait certainement pas aliéner sans autorisation des objets appartenant au patrimoine direct de son maître, ni donner, sans une autorisation spéciale, des *res peculiares*; d'où la nécessité de ces deux précisions : l'objet aliéné est une *res peculiaris*, l'acte comportant transfert de cet objet est un acte à titre onéreux (une vente).

Mais faut-il admettre l'authenticité du fr. 34 D. 41-3?

M. Appleton ne le croit pas ⁽¹⁴⁾. Pour lui, déjà à l'époque d'Alfénus, une *res peculiaris* vendue par un esclave non autorisé serait *furtiva* et l'usucapion n'en serait pas possible. M. Appleton pense qu'Alfénus avait écrit : « *si servus non insciente...* » et que le mot *non* a été involontairement omis dans la rédaction du fr. 34 D. 41-3. Le savant auteur fait valoir en ce sens des arguments qui ne sont pas sans faire impression. Il remarque que la doctrine attribuée à Alfénus se distingue de celle suivie par Paul et Justinien. Il est, en effet, certain qu'à l'époque de Paul comme au moment de la rédaction du Digeste, les *res furtivæ* ne pouvaient pas être usucapées et que la vente des *res peculiares* faisait partie des actes compris dans la *libera administratio peculii*. « Ici, dit M. Appleton ⁽¹⁵⁾, se pose un dilemme : ou bien Paul en résumant l'ou-

(14) *Op. cit.*, p. 16 suiv.

(15) *Op. cit.*, p. 24.

vrage d'Alfenus, a reproduit cette solution surprenante sans s'apercevoir qu'elle était inadmissible dans le droit de son temps, et cela qui le croira ? — Ou bien Paul, comme il le fait à chaque instant dans son abrégé des *πληρών* de Labéon, ajoutait immédiatement : « *falsum est* » ou « *immo contra* », et alors il faudrait admettre que les compilateurs auraient reproduit la solution d'Alfenus qui devait les choquer, et omis de joindre la réfutation de Paul qui devait les satisfaire ».

Mais la doctrine exposée par Alfenus n'est pas entièrement inexacte au temps de Paul et à celui de Justinien. A ces deux époques, la vente *insciente domino* d'un objet du pécule était valable lorsque le *subjectus* avait reçu concession de l'*administratio*. Paul ne devait donc pas rejeter complètement la doctrine d'Alfenus, mais tout au plus en limiter la portée en mentionnant l'exigence d'une condition nouvelle, la *concessio administrationis*. Cela nous permet d'écarter cette autre objection tirée du fait que Paul, dans l'ouvrage d'où notre texte est extrait, ne conteste pas en général les conceptions d'Alfenus, mais se contente de rapporter celles qui lui semblent encore justes ⁽¹⁶⁾. La phrase rectificative de Paul était peut-être effacée sur le manuscrit dont se sont servis les compilateurs, et ceux-ci ont inséré tel quel le passage d'Alfenus, sans se rendre compte que la règle qu'il contenait n'était de leur temps exacte qu'en partie seulement. Les compilateurs pouvaient croire qu'Alfenus sous-entendait

(16) Appleton, *op. cit.*, p. 25.

une concession préalable de l'administration. C'est, en effet, à la réflexion seulement, qu'on s'aperçoit qu'il ne peut pas en être ainsi. Et peut-être même, Paul ne rectifiait-il pas la décision d'Alfenus, supposant remplies les conditions nécessaires à la validité de la vente. La nécessité d'une *concessio administrationis* était alors admise sans contestation.

Un fait analogue s'est produit relativement à un autre passage des *digesta* d'Alfenus conservé par Paul et inséré au Digeste sous le fr. 35, livre 46, titre 3. Ici, Alfenus s'exprime en des termes qui laissent entendre que les *subjecti* pouvaient, à son époque, consentir sans autorisation un prêt avec les deniers de leur *peculæ*, acte plus tard compris dans la *libera administratio*. Mais le texte d'Alfenus n'est pas manifestement contraire au droit postérieur, aussi Paul le conservait-il, et après lui les compilateurs.

Toutes ces raisons nous poussent à admettre l'authenticité du fr. 34 D. 41-3. Ce fragment, comme le remarque Huvelin ⁽¹⁷⁾, est reproduit textuellement aux Basiliques ⁽¹⁸⁾, fait qui milite contre l'idée d'une erreur dans sa transcription.

III. — La doctrine d'Alfenus, relativement aux conditions de validité du prêt consenti par un esclave *ex peculio*, se dégage du fr. 35 D. 46-3 (Alfenus Varus lib. 2 digest. a Paulo epitomatorum).

Alfenus nous dit ici : « *Quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset, sive*

(17) *Op. cit.*, p. 496, n. 3.

(18) Basil. 50-3-32 (Heimbach, t. 5, p. 60).

manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa intercederit, ex qua intellegi possit invito eo, cujus tunc is servus fuisset, ei solvi. Sed et si quis dominicam pecuniam ab eo fœneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem juris est: videtur enim voluntate domini qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere ».

Alfenus suppose tout d'abord qu'un esclave consent un prêt avec son pécule ou dépose une *res peculiaris*. Le débiteur, dit-il, pourra s'acquitter en payant à l'esclave, même si celui-ci est affranchi ou vendu, à moins que quelque fait ne témoigne d'une volonté contraire de l'ancien maître. Alfenus ne parle pas de la *concessio administrationis*; or, dans la doctrine qui prévalut au cours de l'époque classique, les *subjecti* pouvaient librement déposer les objets de leur pécule, mais ils ne pouvaient consentir un prêt *ex peculio* que s'ils avaient reçu concession de l'*administratio peculii*. Il semble qu'au temps d'Alfenus cette distinction n'ait pas encore existé, puisque le jurisconsulte place sur le même plan l'un et l'autre de ces contrats qu'il cite à titre d'exemple.

Il convient de remarquer l'opposition qui existe entre les deux parties du passage. Dans la première partie, il n'est fait aucune allusion à une *concessio administrationis* ou à une autorisation quelconque du maître. Dans la seconde partie, Alfenus suppose qu'un prêt a été consenti par l'esclave, non *ex peculio*, mais avec des deniers appartenant au patrimoine direct du maître, et il s'empresse de préciser : « *Si permissu domini servus negotium dominicum gessisset* ». Ainsi

Alfenus parle d'une autorisation du maître, non lorsqu'il s'agit d'un prêt ou d'un dépôt *ex peculio*, mais seulement lorsqu'il s'agit d'un prêt fait avec des deniers n'appartenant pas au pécule. Tout cela s'explique fort bien, si, pour Alfenus, la *concessio peculii* donne au *subjectus* le pouvoir d'accomplir les actes d'administration, notamment le prêt et le dépôt ⁽¹⁹⁾.

Pomponius, qui connaissait cependant la *concessio administrationis* ⁽²⁰⁾, adoptait encore en cette matière la façon de voir des anciens jurisconsultes. On peut le déduire du passage suivant : fr. 19 D. 46-3 (Pomp. lib. 21 ad Sabinum) « *Fugitivus meus, cum pro libero se gereret, nummos mihi subreptos credidit tibi : obligari te mihi Labeo ait et, si eum liberum existimans solveris ei, liberari te a me, sed si alii solvisses jussu ejus vel is ratum habuisset, non liberari, quia priore casu mei nummi facti essent et quasi mihi solutum intellexeretur. Et ideo servus meus quod peculiari nomine crediderit exigendo liberabit debitorem, delegando autem vel novando non idem consequeretur* ».

Un esclave fugitif se faisant passer pour libre consent un prêt avec des deniers qu'il a soustraits à son maître. L'emprunteur a reçu de bonne foi les deniers. Labéon déclare que l'emprunteur sera obligé envers

(19) L'explication qui termine le fr. 35 n'est pas, comme le croit Mandry (*op. cit.*, t. 2, p. 94), contraire à l'interprétation que nous avons donnée de ce texte. Cette explication semble plutôt se rapporter à la solution proposée dans le second cas. D'ailleurs Alfenus ne faisait pas abstraction de la volonté du maître lorsqu'il s'agissait d'actes portant sur des objets du pécule. Mais, pour Alfenus, cette volonté s'était manifestée non dans une *concessio administrationis* dont on avait aucune idée à son époque, mais dans la *concessio peculii*.

(20) V. fr. 24 D. 23-3.

le maître du *fugitivus servus* (21). Il ajoute que l'emprunteur sera libéré s'il paye à l'esclave croyant toujours avoir à faire avec un homme libre, tandis qu'il ne le serait pas en payant à un tiers sur l'ordre du *fugitivus servus*. Le juriste nous en donne cette raison : en payant à l'esclave, l'emprunteur a transféré la propriété des deniers au maître. Mais il faut que l'emprunteur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il prenne l'esclave pour un homme libre, sinon il devrait donner les deniers directement au maître. La citation de Labéon s'arrête à *intelligeretur*, comme le montre la substitution du discours direct au discours indirect. Pomponius déduit de la règle énoncée par Labéon cette conséquence : Si mon esclave, dit-il, exige du débiteur ce qu'il lui a prêté, *peculiari nomine*, ce dernier sera libéré, tandis qu'il ne le serait pas par une délégation ou une novation. Le prêt, dans l'hypothèse envisagée par Pomponius, a-t-il été valablement consenti par l'esclave ? Le jurisconsulte ne précise pas ce point. Il nous dit simplement que le prêt a été consenti *peculiari nomine*. *Peculiari nomine* et *ex peculio* ne sont pas synonymes. L'esclave a pu prêter en vue de son pécule, et comme s'ils étaient des *nummi peculiares*, des deniers soustraits à son maître. Telle est sans doute l'hypothèse à laquelle songe Pomponius (22). Ce jurisconsulte, bien

(21) Il faut supposer que les deniers ont été dépensés sans quoi le maître pourrait les revendiquer (V. fr. 11, § 2 D. 12-1). En ce sens v. Haymann, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, t. 41 (2^e série), 1927, p. 216.

(22) Ainsi s'explique pourquoi Pomponius nous présente la règle qu'il énonce comme une conséquence (*et ideo*) de la décision de Labéon. M. Haymann (*op. cit.*, p. 217) soutient, au contraire, que le prêt, dans la seconde hypothèse, a été valablement consenti

qu'il ne fasse qu'appliquer la règle énoncée par Labéon (*et ideo*), ne parle pas de la bonne foi de l'emprunteur, laquelle jouait dans la doctrine de Labéon un rôle essentiel. Auparavant, on nous a dit que l'esclave fugitif se faisait passer pour libre (*cum pro libero se gereret*), d'où la bonne foi de l'emprunteur au moment du prêt, et que le débiteur avait payé au *fugitivus* le prenant pour un homme libre (*et si eum liberum existimans solveris ei*). Mais Pomponius nous dit que le prêt a été fait *peculiari nomine*; et, pour notre jurisconsulte, la bonne foi de l'emprunteur se déduisait de cette circonstance. L'esclave a prêté des deniers qui n'appartenaient pas au pécule; mais il les a prêtés *nomine peculii* et cela a trompé l'emprunteur, lequel a reçu les deniers de bonne foi

par l'esclave. Selon cet auteur, la liaison faite dans notre texte entre les deux hypothèses provient de ce que, dans la première, l'acte de l'esclave, malgré l'incapacité de ce dernier, a été validé par la consommation de bonne foi des deniers. Mais Labéon ne nous dit pas cela. Dans la première hypothèse, le paiement fait par l'emprunteur est libératoire, non seulement parce que l'emprunteur a reçu les deniers et les a consommés de bonne foi, mais encore parce qu'il était de bonne foi quand il a payé à l'esclave fugitif.

D'ailleurs, même si on devait admettre que Pomponius envisageait uniquement un prêt valablement consenti par l'esclave, il résulterait encore de notre texte que, pour ce juriste, le prêt *ex nummis peculiaribus* ne faisait pas partie des actes auxquels le *subjectus* devait être habilité par la *concessio administrationis*. Autrement, la décision de Pomponius serait incompréhensible. Le jurisconsulte nous dit que le paiement, à la différence de la novation et de la délégation, libère l'emprunteur. Or, l'esclave qui avait reçu concession de l'administration pouvait déléguer ou nover. De deux choses l'une, ou l'esclave n'avait pas l'autorisation d'administrer et alors il ne pouvait pas plus prêter qu'il ne pouvait nover ou déléguer; ou bien il l'avait, mais dans ce cas il pouvait nover ou déléguer. On ne peut pas échapper à cette alternative en supposant que Pomponius sous-entendait un retrait de la *concessio administrationis*, survenu depuis le prêt et avant son remboursement. En effet, nous avons vu que les *subjecti* ne pouvaient plus, après le retrait de la *concessio administrationis*, recevoir le paiement de créances nées d'actes requérant chez eux la pleine faculté d'administrer le pécule.

croyant que l'esclave avait le pouvoir de lui en transférer la propriété. Cependant, la bonne foi de l'emprunteur ne pourrait se déduire de cette seule circonstance que s'il eût suffi pour que le prêt soit valable, que les deniers aient été pris au pécule. S'il avait fallu en outre que l'esclave ait reçu concession de l'*administratio*, l'emprunteur ne serait de bonne foi au moment où il a reçu les deniers que s'il savait ou croyait que l'esclave avait bénéficié de cette concession. L'emprunteur qui recevrait des *nummi peculiares* de la part d'un esclave qu'il saurait incapable de prêter serait un voleur. Or, Pomponius ne parle pas de l'*administratio*. Notre texte prouve ainsi que, pour Pomponius, les *subjecti* pouvaient valablement prêter avec les deniers de leur pécule, indépendamment de toute autorisation.

Julien, à la différence de Pomponius, exigeait pour la validité du *mutuum* consenti par un esclave avec les deniers de son pécule, que celui-ci ait reçu concession de l'*administratio*. Deux textes le prouvent : les fr. 3, § 2, D. 14-6 et 32 D. 46-3. Mais, comme le soutient Pernice, Julien suivait l'ancienne doctrine en ce qui concerne le paiement *ex peculio*.

IV. — Julien ne fait jamais allusion à une *concessio administrationis* relativement au paiement *ex peculio*. Au fr. 19 D. 46-1, il paraît bien ne pas soumettre la validité de ce paiement à une concession préalable de l'*administratio*. Il nous dit : « *Servus inscio domino pro quodam fidejusserat et eo nomine pecuniam solverat: quærebatur, dominus possetne ab eo, cui soluta esset, repetere. Respondit: interest, quo no-*

mine fidejusserit : nam si ex causa peculiari fidejussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica [causa] <pecunia> (23) solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fidejusserit, quod ex pecunia dominica solverit, æque vindicabitur, quod ex peculio, condici poterit ». Julien cite un ancien jurisconsulte, Minicius sans doute, dont il adopte la doctrine. Les jurisconsultes distinguent suivant que la fidéjussion en vertu de laquelle l'esclave a payé, est ou non valable, et suivant que le paiement est fait *ex peculio* ou *ex pecunia dominica*. Le paiement fait *ex pecunia dominica* est nul, quelle que soit la validité de la fidéjussion ; aussi le maître garde-t-il la propriété des deniers qu'il peut vindiquer. Lorsque le paiement est fait *ex peculio*, la propriété des deniers est toujours transférée, mais le maître peut en réclamer le montant par la *condictio indebiti*, en cas de non validité de la fidéjussion. Pour Julien, l'esclave payant l'indu avec les deniers de son pécule est dans la même situation qu'un *sui juris* payant avec ses propres deniers ce qu'il ne doit pas. Cette manière de voir se justifie si on fait dépendre de la *concessio peculii* la faculté pour le *subjectus* de payer *ex peculio* : car, par la *concessio peculii*, le *paterfamilias* a remis au *subjectus* une masse de biens *velut proprium patrimonium*. Elle ne se justifie plus si on fait dépendre cette faculté de la *concessio administrationis* qui est un simple mandat d'administrer. Papinien, qui exigeait pour la validité du

(23) Krüger, *ad h. l.*

paiement, que le *subjectus* ait reçu concession de l'administration, déclarait que la propriété des deniers, indûment payés par un esclave, même autorisé à administrer son pécule, n'était pas transmise à l'*accipiens*. Le maître, dit Papinien, en préposant son esclave à la gestion de ses biens ou du pécule, ne l'a pas autorisé à payer l'indu (24). Julien raisonnait de même en ce qui concerne le prêt *ex nummis peculiariibus* pour la validité duquel il exigeait une concession préalable de l'*administratio*. Il nous dit que, si un tel prêt est fait en fraude du sénatusconsulte Macédonien, la propriété des deniers n'est pas transférée ; il justifie ainsi cette décision : « *non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administratio-nem permittit* » (25).

Julien nous dit enfin, au fr. 19 cité, que si le paiement est fait *ex peculio* en vue de l'extinction d'une dette existant réellement, la propriété des deniers est transférée à l'*accipiens* et que ce dernier est à l'abri de toute *condictio*. Or, il n'est fait aucune allusion à une concession préalable de l'*administratio*, et celle-ci ne peut pas avoir été sous-entendue. L'ancien jurisconsulte, dont Julien nous rapporte la *sententia*,

(24) Fr. 94, § 3 D. 46-3.

(25) Fr. 3, § 2 D. 14-6. Cf. fr. 37, § 1 D. 15-1.

M. Buckland (*op. cit.* p. 204) pense que Julien accordait au *dominus*, la *vindicatio* lorsque l'esclave avait eu un *animus donandi*, la *condictio* lorsqu'il n'avait pas eu cet *animus*. L'explication n'est pas admissible. Que l'esclave ait eu ou non un *animus donandi*, la propriété des deniers n'a pu être transférée que s'il avait le pouvoir de payer *ex peculio*.

Il ne résulte pas, croyons-nous, du fr. 31, §, 1, D. 12-1, que Julien suivait une doctrine différente de celle que nous lui avons attribuée. La phrase : « *quod ad peculiares nummos attinet etc.* » émane de Paul, non de Julien. La phrase : « *sed adjudicare etc.* » qui pourrait laisser croire le contraire, est, sans doute, une addition byzantine.

avait été consulté par un *dominus* sur la validité d'un paiement fait, à son insu, par un de ses esclaves. Mais l'affaire avait été exposée trop brièvement et le jurisconsulte fut obligé de distinguer dans sa réponse suivant les cas et d'énoncer les différentes conditions auxquelles se trouvait soumise la validité du paiement. Aurait-il négligé de parler de la *concessio administrationis*, si elle avait été une de ces conditions ?

V. — Le fr. 19 D. 46-1 nous a montré que Minicius, disciple de Sabinius⁽²⁶⁾, et Julien qui nous en rapporte la *sententia*, admettaient la validité du paiement fait par un esclave *ex peculio*, indépendamment de toute *concessio administrationis*. Proculus, au contraire, soumettait la validité de ce paiement à une autorisation préalable d'administrer le pécule. Il nous le dit en ces termes au fr. 84 D. 46-3 (*lib. 7 epistolarum*) : « ...*at si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fidejussores ejus recte legisti* »⁽²⁷⁾.

Il faut rapprocher de ce texte le fr. 53 D. 12-6. Proculus s'occupe ici du cas suivant : un esclave a fait de bonne foi à un tiers un paiement avec les deniers de son pécule, en vertu d'une *causa* qui n'existait pas réellement. En pareil cas, nous le savons, Julien donne contre l'*accipiens* la *condictio indebiti*. Proculus

(26) Lenel, *Palingenesia*, t. 2, p. 1245.

(27) Selon M. Albertario, *op. cit.*, p. 843, les mots *permissa administratione peculii* seraient interpolés. L'ablatif absolu qui paraît ici suspect à l'auteur, nous semble, au contraire, fort admissible. Proculus ouvre une parenthèse dans laquelle il énonce rapidement que l'esclave dont il s'agit a l'administration de son pécule, condition nécessaire pour la validité du paiement.

Les mots *permissa administratione peculii* semblent témoigner d'une époque où l'expression technique : *concessio administrationis*, n'était pas encore formée.

donne à sa place la revendication. La propriété des deniers, dit Proculus, n'a pas été transmise à l'acquéreur, parce que l'esclave n'était pas autorisé à faire ce paiement : « *cum ei a domino id permissum non esset, manent nummi domini* ». Pour Proculus, l'esclave ne peut donc transférer la propriété des deniers de son pécule *ex causa solutionis*, que s'il y est autorisé par son maître.

VI. — Il semble bien qu'avant Proculus, le *subjectus* ait eu de plein droit la faculté d'administrer son pécule. Après ce jurisconsulte, et jusqu'au milieu du deuxième siècle, la théorie de l'*administratio peculii* n'est pas encore nettement établie. Les jurisconsultes de cette période sont parfois d'avis contraire, relativement aux actes pour la validité desquels la *concessio administrationis* est ou n'est pas nécessaire. Ainsi, selon Julien, elle était nécessaire pour la validité du prêt *ex nummis peculiaribus*, non selon Pomponius.

A la fin du deuxième siècle, on ne retrouve plus de semblables divergences d'opinions et le domaine de l'*administratio peculii* s'est élargi. Il s'étend à tous les actes d'administration comportant aliénation, abandon, d'un droit individuellement considéré du pécule. Mais, à cette époque, le pécule pouvant se former *insciente domino*, le *subjectus* possède en propre les pouvoirs, alors restreints, qu'il ne tient pas d'une autorisation spéciale ou de la *concessio administrationis*. Et, l'évolution dont la théorie de l'*administratio peculii* fut l'objet est une preuve manifeste de cette transformation dans la nature de ces pouvoirs du *subjectus*. Proculus, le premier jurisconsulte qui parle de la

concessio administrationis, est également celui qui, le premier, a songé à ne plus exiger dans tous les cas une concession du *paterfamilias* pour la formation du pécule. Les jurisconsultes qui fixèrent définitivement le contenu de la *concessio administrationis*, sont ceux qui adoptèrent les idées de Proculus, relativement à la constitution du pécule.

Les premiers jurisconsultes, qui eurent à définir le pécule, érigèrent en principe que celui-ci devait naître *concedente domino vel patre*. Il ne pouvait alors venir à l'idée de personne que le maître, en concédant un pécule, ait entendu s'en réserver l'administration. Sans doute, la *concessio peculii* n'est pas comme la *concessio administrationis* un mandat d'administrer. Elle constitue une gracieuseté, une libéralité du *paterfamilias*. Cependant, ne devait-on pas naturellement supposer que le *paterfamilias*, en remettant à titre de pécule une masse de biens à un de ses *subjecti*, entendait donner à ce *subjectus* le pouvoir d'administrer ces biens et de les faire valoir ⁽²⁸⁾ ?

Pour Proculus, au contraire, le pécule pouvait se former *insciente domino*. Il fallait, dès lors, ou bien admettre que le *subjectus* avait de plein droit le pouvoir d'administrer son pécule, d'aliéner ses *res pecu-*

(28) M. Vermond (*op. cit.* p. 103 suiv.) n'admet pas que la *concessio peculii* ait conféré au *subjectus* le pouvoir d'administrer son pécule. Il appuie sa démonstration sur les textes d'où il résulte que le pécule survivait à la démence ou au décès du *paterfamilias* et que le *curator furiosi* et le pupille, même assisté de son tuteur, ne pouvaient pas faire de *concessio peculii*. Ce sont les règles inverses qui s'appliquent à la *concessio administrationis*, mandat d'administrer. Mais, la *concessio peculii*, alors même qu'elle donnait au gratifié le pouvoir d'administrer son pécule, n'était pas un pur mandat d'administrer. On pouvait donc ne pas la soumettre aux règles qui s'appliquaient aux mandats et que l'on appliqua plus tard à la *concessio administrationis*.

liares, ou bien déclarer qu'en l'absence d'une autorisation quelconque du *paterfamilias*, le *subjectus* ne pouvait accomplir aucun acte comportant aliénation, abandon d'un droit du pécule. C'est en ce dernier sens que devait nécessairement se prononcer Proculus. Mais le *paterfamilias* avait la faculté de préposer à l'administration de tout ou partie de ses biens les personnes en sa puissance, il pouvait ainsi donner à l'une d'elles le mandat d'administrer le pécule qu'elle possédait. Aussi, l'esclave agissant en vertu de la *concessio administrationis* est-il traité comme le *servus procurator* chargé d'administrer les biens de son maître; et la *concessio administrationis* revêt-elle à l'égard du *paterfamilias* le caractère d'un acte d'administration.

L'idée que le *subjectus* ne possédait pas, de plein droit, la libre administration de son pécule est née avec la théorie hardie de Proculus touchant la *concessio peculii*. Avant que cette doctrine ait définitivement triomphée, l'idée émise pour la première fois par Proculus, ne fut pas complètement écartée. Mais une limitation aux pouvoirs que le *subjectus* possédait de plein droit sur son pécule n'avait plus la même raison d'être. Aussi, est-ce avec un critère différent que les jurisconsultes de cette époque déterminent les actes pour la validité desquels la *concessio administrationis* est requise. Ils exigent une *concessio administrationis*, non pour tous les actes d'administration comportant aliénation ou abandon d'un droit du pécule, mais pour ceux seulement, parmi ces actes, qui

leur paraissent les plus dangereux pour le *paterfamilias* ou les moins utiles. Et, comme ce critère laisse le champ libre aux interprétations, il y a parfois désaccord entre eux relativement à la détermination de ces actes.

CHAPITRE II

Situations respectives du *paterfamilias* et du *subjectus* vis à vis des droits réels du pécule

§ I. — DU DROIT DE PROPRIÉTÉ. — POSSESSION ET USUCAPION DES « RES PECULIARES »

Section Première : Du droit de propriété.

I. Après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule, l'*alieni juris* possède sur les *res peculiares corporales* un droit propre, sous réserve du droit plus complet qui appartient au *paterfamilias*. — II. Le *subjectus* ne possède sur son pécule aucun des droits réels connus.

Section Deuxième : De la possession et de l'usucapion des « res peculiares ».

I. La *possessio naturalis* n'est que la détention (*possessio corporalis*). Inadmissibilité des théories qui présentent l'*alieni juris* comme un *possessor ex jure naturali*. — II. Explication de la règle : « *Possessionem adquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno* ». — III. L'acquisition possessoire *per extraneam personam*. — IV. L'acquisition possessoire *per subjectam personam*. Distinction faite suivant que l'*alieni juris* détient *nomine patris* ou *nomine peculii*. Origine classique de la distinction. — V. Explications diverses successivement données par les jurisconsultes de l'acquisition possessoire *peculii nomine, ignorante domino*. — Explication des anciens jurisconsultes classiques : le *paterfamilias* a un *animus* anticipé au moment de la *concessio peculii*. Explication des jurisconsultes qui ne font plus dépendre d'une concession l'existence du pécule : le *paterfamilias* acquiert par

l'*animus* et le *corpus* de ses *subjecti* la possession des objets que ceux-ci appréhendent *nomine peculii*. (C'est là, dès lors, une exception à la règle : *possessionem adquirimus animo utique nostro*). — VI. Usucapion par le *paterfamilias* des objets détenus par ses *subjecti nomine peculii*. Les conditions de l'usucapion sont appréciées *ex persona servi filii*. La règle opposée est suivie pour l'usucapion des objets détenus *nomine patris*.

Section Première : Du droit de propriété.

I. — Le *paterfamilias*, nous le savons, est investi de tous les droits qui composent l'actif du pécule. Il est ainsi, propriétaire et possesseur des *res peculiares corporales*. Mais le droit du *paterfamilias* n'est-il pas limité, dans une certaine mesure, en faveur du *subjectus*; ce dernier n'a-t-il aucun droit sur les objets corporels de son pécule ?

Pendant longtemps, le *subjectus* n'eut sur ces objets, comme sur tout son pécule en général, que des pouvoirs dérivés, concédés par le *paterfamilias* et n'impliquant pas chez lui une capacité juridique, une personnalité distincte de celle du *paterfamilias*.

Il semble du moins qu'il en ait été assez rigoureusement ainsi au début de l'époque classique. C'était alors une concession du *paterfamilias* qui créait le pécule; et, dans cette concession, on voyait non seulement l'autorisation pour le *subjectus* de jouir des biens qui lui étaient remis, mais encore celle d'administrer le pécule concédé et d'engager ce dernier en contractant des obligations envers les tiers. Le *subjectus* pouvait aliéner ses *res peculiares* par des actes non gratuits, engager son pécule par ses contrats, parce que le *paterfamilias* avait autorisé à l'avance ces

aliénations et avait promis par une sorte de *jussus* d'acquitter, dans la mesure de la valeur du pécule, les dettes contractées par la personne en puissance. L'actif du pécule, nous le verrons, n'était pas encore affecté légalement au paiement des dettes contractuelles du *subjectus* ; il était affecté par le *paterfamilias* au paiement de dettes dont celui-ci se trouvait personnellement tenu par l'intermédiaire du *subjectus*, en raison du *jussus* indirect qu'il était censé avoir donné par la *concessio peculii* ⁽¹⁾.

Dès cette époque, des transferts de valeur sont possibles entre le patrimoine direct du *paterfamilias* et le pécule. Mais ce n'est là qu'une conséquence de l'existence du pécule comme universalité juridique distincte à l'intérieur du patrimoine du *paterfamilias*.

Toutefois, la personnalité du *subjectus* tendit de plus en plus à se distinguer de celle du *paterfamilias*, bien avant que l'on ait fait du pécule le *quasi-patrimonium servi filiive*.

Déjà, à l'époque de Julien, en matière d'action de *peculio*, la responsabilité adjectice du *paterfamilias* n'est pas fondée sur un *jussus* et ce sont les obligations civiles ou naturelles du *subjectus* lui-même qui constituent le passif du pécule ⁽²⁾. Mais c'est encore le *paterfamilias* qui crée le pécule ; le *subjectus* n'a donc en mains des *res peculiares*, sur lesquelles ses créanciers pourront réclamer leur dû, que parce que le *paterfamilias* a lui-même exposé à ce risque une partie de ses biens dont il a fait le pécule du *subjectus*.

(1) V. chapitre suivant, paragraphe 3, section 1, numéro 1.

(2) V. chapitre suivant, paragraphe 3, section 1, numéro 3.

Julien fit admettre aussi que la validité des legs adressés aux *subjecti* serait appréciée en considération de la personne même de ceux-ci, sauf pour ce qui est de la *testamenti factio* passive (3).

On put dès lors léguer à un esclave ce qui était dû par un tiers à son maître ou un objet appartenant au maître (4). De semblables legs, qui seraient sans effet s'ils étaient adressés au *dominus*, sont valables et peuvent prendre effet dès le jour de la confection du testament, s'ils sont adressés à des esclaves, parce que ceux-ci peuvent avoir dans leur pécule le droit appartenant auparavant au *paterfamilias* et qui leur a été légué. Sous cet aspect, et à cause du pécule qui paraît déjà comme étant en quelque sorte la propriété du *subjectus*, la personnalité de ce dernier se distingue de celle du *paterfamilias*.

Il semble enfin qu'il ait été de bonne heure admis que le *paterfamilias* pourrait usucaper, même à son insu, les *res* tenues *peculiariter* par ses *subjecti*, qu'on ait ainsi tenu compte de la bonne ou mauvaise foi du *subjectus* comme si c'était lui-même qui usucapait (5).

Mais il n'en demeure pas moins que, jusqu'au temps de Marcellus, le *subjectus* tient d'une concession es-

(3) V. pour le principe, fr. 82, § 2 D. 31 (Paul. *lib. 10 Quæst.*) : « ... Et ideo rectissime Julianus definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset (cf. sur cette partie du texte, Beseler, Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 473); et fr. 5, D. 33-3 (Papinian. *lib. 16 Quæst.*) « Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est, ea tamen quæ servis relinquuntur ita valent, si liberis relicta possent valere : sic ad fundum domini via servo frustra legatur ». Les plus anciens jurisconsultes qui connaissent cette règle sont Julien et Aburnius Valens v. fr. 82, § 2, D. 31. C'est Julien sans doute qui l'a élaborée comme le laisse entendre Paul dans le texte cité (cf. Pernice, Labeo, t. 1, p. 142).

(4) V. fr. 82, § 2 D. 31.

(5) V. dans ce paragraphe, section 2, numéro 6.

sentiellement révocable de son *paterfamilias* tous les pouvoirs qu'il possède sur son pécule.

A partir de Marcellus, la volonté du *paterfamilias* ne joue plus un rôle actif dans la constitution du pécule. Comme le patrimoine du *sui juris*, le pécule est le « produit de la faculté d'acquérir du *subjectus* ». Le *subjectus*, qui possède dorénavant de plein droit la faculté d'acquérir *nomine peculii*, sous réserve d'une interdiction formelle du *paterfamilias*, possède sur son pécule des pouvoirs propres, sans doute fort restreints. Le *subjectus* exerce sur son pécule, nous le savons, deux sortes de pouvoirs; les uns qu'il tient de son *paterfamilias* et qu'il exerce à titre de mandataire, les autres qu'il possède de plein droit. Il peut se servir à sa guise des *res peculiares*, les consommer, les détruire sans qu'il y ait là matière à déduction au profit du *paterfamilias* (6). Mais il n'a pas de plein droit la faculté d'aliéner les objets de son pécule; il peut seulement déposer ces objets, les donner en précaire ou en commodat, même les louer, car il ne s'agit pas là d'actes juridiques transférant à autrui le droit de propriété qui appartient sur ces objets au *paterfamilias*.

Les *res peculiares corporales* forment avec les autres biens du pécule le gage des créanciers contractuels du *subjectus*. Et ce gage, ce n'est plus nécessairement le *paterfamilias* qui l'a constitué.

En résumé, le *subjectus* acquiert à titre de pécule, et sans concession, les biens qui tomberaient dans son patrimoine s'il était *sui juris*. Non seulement il pos-

(6) En effet, il n'est dit nulle part dans les sources que le *paterfamilias* peut opérer de ce chef des déductions lors de la *computatio peculii*. V. Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 100.

sède sur ces biens un pouvoir de fait, mais il peut encore accomplir sur eux des actes juridiques n'en comportant pas l'aliénation, et il peut librement les engager en contractant des dettes envers les tiers. Le *paterfamilias* reçoit ces biens dans son patrimoine et il peut leur enlever leur caractère de *res peculiares* dans la mesure où, en ce faisant, il ne porte pas atteinte aux droits des créanciers du *subjectus*: auquel cas, en effet, l'ademption n'est pas opposable à ces créanciers. Mais ce n'est plus lui qui crée le pécule et qui confère au *subjectus* les pouvoirs que celui-ci possède sur ses *res peculiares*. Le *subjectus* peut se constituer un pécule et exercer ces pouvoirs, alors même que son *paterfamilias* étant pupille ou fou, il n'y a personne qui puisse lui concéder un pécule (7).

II. — Mais les personnes en puissance ne possèdent sur les objets corporels de leur pécule aucun des droits qui peuvent appartenir sur une chose à un *sui juris*. Les *subjecti* ne sont, ni propriétaires, ni possesseurs des *res peculiares corporales*. « *Qui in aliena potestate sunt*, nous dit Papinien (8), *rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt* ». Le *subjectus*, même autorisé, ne peut pas disposer par testament de ses *res peculiares*; il ne peut les aliéner qu'avec l'autorisation de son *paterfamilias* (9).

Si le *subjectus* détenteur de *res peculiares* ressemble à certains égards à un usufruitier, usager ou em-

(7) V. fr. 3, § 4 et 7, § 1 D. 15-1.

(8) V. fr. 49, § 1 D. 41-2 cf. 38, § 7 D. 45-1.

(9) *Concessio administrationis* ou autorisation spéciale.

phytéote, ou encore à un précariste, il ne peut être cependant assimilé à aucun de ces individus.

Comme eux, le *subjectus* a l'usage et la jouissance de biens dont il ne peut pas disposer juridiquement. Mais le *subjectus* peut consommer, détruire ses *res peculiares*, sans que sa responsabilité soit engagée vis-à-vis du *paterfamilias*, et sans qu'il y ait lieu d'appliquer des règles analogues à celles du quasi-usufruit. L'usufruitier, le fermier acquièrent les fruits, le *subjectus* n'est pas davantage propriétaire des fruits produits par les *res peculiares* que de ces *res* elles-mêmes, et il garde dans son pécule, non seulement les fruits, mais encore les produits ⁽¹⁰⁾.

C'est surtout au précariste que l'on a voulu comparer le *subjectus* détenteur de *res peculiares* ⁽¹¹⁾. Et, en effet, le *paterfamilias* ne peut-il pas reprendre quand il lui plait les *res peculiares* détenues par ses *subjecti*, de même que le donneur en précaire les biens remis au précariste ⁽¹²⁾ ?

Remarquons, toutefois, que le *paterfamilias* n'est pas aussi libre d'exercer ce retrait que le donneur en précaire, puisque l'ademption peut être nulle à l'égard des créanciers antérieurs du *subjectus*. Et précisé-

(10) Par exemple le part des *vicariæ* (fr. 3, D. 15-2; 8, § 8 D. 33-8). A la différence de l'usufruitier, qui acquiert les fruits par la perception, fr. 12, § 5 D. 7-1 (V. Girard, Manuel, p. 335), le *subjectus* les acquiert comme un propriétaire par la séparation.

(11) Ainsi de Jhering, Possession, p. 355, va jusqu'à assimiler le pécule à un précaire : « On peut, dit-il, employer indifféremment les deux expressions et dire que le *peculium* était le précaire du fils de famille, et le *precarium* le pécule du fils émancipé ». Cf. parmi les auteurs récents : Vermond, *op. cit.*, t. 1, p. 128.

(12) Jusqu'à l'époque de Marcellus, le *subjectus* tenait son pécule d'une concession du *paterfamilias*, de même que le précariste tenait le *precarium* de l'abandon qui lui en était provisoirement fait par le donneur en précaire.

ment, cette affectation du pécule au paiement des dettes contractuelles du *subjectus* est un trait qui distingue le détenteur d'un pécule à la fois de l'usufruitier, de l'usager, de l'emphytéote et du précariste.

Enfin, l'emphytéote et le précariste sont des possesseurs protégés par les interdits, mais ne pouvant pas usucaper ⁽¹³⁾; le *subjectus* n'est pas un possesseur et il peut acquérir pour son pécule par usucapion la propriété des *res* qu'il retient de bonne foi.

Somme toute, c'est à un propriétaire et à un possesseur que ressemble le plus le *subjectus* détenteur de *res peculiares*. Mais sa situation est complexe et d'aspect paradoxale. Tandis que les sources nous affirment que les *subjecti* ne sont, ni propriétaires, ni possesseurs des objets qu'ils détiennent *nomine peculii*, nous apprenons par ailleurs que, relativement à l'acquisition de la possession et à l'usucapion, tout se passe comme s'ils étaient eux-mêmes possesseurs et devaient, le cas échéant, devenir propriétaires par usucapion.

Section Deuxième : De la possession et de l'usucapion des res peculiares.

Sous quelles conditions le *paterfamilias* acquérait-il la possession des objets détenus par ses esclaves et ses fils *nomine peculii* et en devenait-il propriétaire par usucapion ?

(13) Pour le précariste, v. fr. 4, § 1; 17; 22 D. 43-26; pour l'emphytéote v. fr. 15, § 1 D. 2-8 (v. Girard, Manuel, p. 280, n. 1).

I. — La possession comporte deux éléments: un élément matériel, élément que les romanistes désignent ordinairement d'une manière impropre par le mot *corpus* (*possessionis*), mais qui est, en réalité, la *possessio corpore* ⁽¹⁴⁾; et un élément intentionnel: l'*animus*. On ne peut acquérir la possession d'une chose que lorsque ces deux éléments se trouvent réunis ⁽¹⁵⁾. « *Possessionem adquirimus*, nous dit Paul ⁽¹⁶⁾, *et animo et corpore* » ⁽¹⁷⁾. Dans le même texte, le jurisconsulte nous apprend que l'on acquiert la possession, toujours par son propre *animus*, tandis qu'on peut l'acquérir par le *corpus* d'autrui: « (*Possessionem adquirimus*) *animo utique nostro*, dit-il, *corpore vel nostro, vel alieno* ». Mais le principe comporte exception. Paul nous dit lui-même ailleurs que nous acquérons la possession des objets détenus par nos esclaves *nomine peculii*, non seulement par le *corpus* de ces esclaves, mais par leur *animus*: « *Videmur eas eorundem et animo et corpore possidere* » ⁽¹⁸⁾.

Une première question se pose: quelle est cette possession que l'on acquiert *corpore et animo*? En effet,

(14) V. Rotondi, *Possessio quæ animo retinetur*, Bull., t. 30, (1921), p. 8, n. 1: « *Che il corpus di cui parlano le fonti sia non l'oggetto del possesso, ma la persona fisica del possessore, risulta dalla terminologia dei testi, e soprattutto dalle espressioni possidere corpore nostro, corpore alieno, ecc.* ».

(15) La formule maladroite du fr. 9, § 9 D. 12-1 (« *animo enim coepit possidere* ») ne doit pas laisser croire que, dans certains cas, la possession pouvait être acquise *nudo animo* (V. Rotondi, *op. cit.* p. 13 et 14). Ce fr. est d'ailleurs suspect (cf. les auteurs cités par l'Index Interpol.). V. Notamment en faveur de l'interpolation des mots *animo et*: Krüger; Beseler, Z. S. S. f. R., t. 44 (1924) p. 374 et Hägerstrom (selon Index Interp.). Ces mots seraient glosés pour Schulz selon Index Interp.

(16) Sent., 5, 2, 1.

(17) Et un peu plus loin: « *Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus* ».

(18) Fr. 3, § 12 D. 41-2.

on rencontre dans les textes, tantôt le terme *possessio* sans qualificatif, tantôt les expressions *possessio civilis* et *possessio naturalis* ⁽¹⁹⁾.

Dans des ouvrages récents, MM. Vermond ⁽²⁰⁾ et Beseler ⁽²¹⁾ ont soutenu que ces deux éléments, élément matériel et élément intentionnel, étaient ceux de la possession telle qu'elle est établie par le droit naturel. Serait *possessor ex jure naturali* celui qui appréhenderait une chose avec l'*animus* possessoire ⁽²²⁾ : lorsque cette possession naturelle serait reconnue par le droit positif, à la qualité de *possessor ex jure naturali* s'ajouterait celle de *possessor ex jure civili*. Dans des cas déterminés, le *civilis possessor* pourrait être autre que le *naturalis possessor*.

Pour M. Vermond, le *subjectus*, qui peut procurer par son *animus* au *paterfamilias* la possession des choses qu'il retient *nomine peculii*, est *naturalis possessor* de ces objets, tandis que le *paterfamilias* en est propriétaire ou *civilis possessor*. Le *paterfamilias* serait à la fois *civilis* et *naturalis possessor* des objets détenus en son nom par des *subjecti* ou des tiers, il serait seulement *possessor civilis* des objets détenus *nomine peculii* par ses esclaves et ses fils, ces derniers

(19) V. Riccobono, Zur terminologie der Besitzverhältnisse, Z. S. S. f. R., t. 40 (1910), p. 321 suiv.

(20) *Op. cit.*, t. 1, p. 62 suiv.

(21) Juristische Miniaturen (Leipzig 1929) p. 90 suiv.

(22) Pour M. Vermond, ce serait l'*animus rem sibi habendi*. Pour M. Beseler, l'*animus* possessoire classique serait la volonté de pouvoir maîtriser la chose que ce soit pour soi-même ou pour autrui, tandis que les byzantins auraient, pour la première fois, distingué l'*animus rem sibi habendi* du possesseur et l'*animus alteri detinendi* du détenteur (v. Z. S. S. f. R., t. 44, 1924, p. 375 et Juristische Miniaturen, p. 95).

en étant eux-mêmes possesseurs *ex jure naturali* (23).

M. Beseler, au contraire, pense que dans les cas où la possession est acquise par l'intermédiaire d'autrui

(23) Nous voulons exposer ici, avec plus de détails, la théorie de M. Vermond dont nous n'avons pu donner au texte qu'une analyse insuffisante. M. Vermond a tout d'abord cherché à préciser dans quels cas la possession peut être acquise *jure naturali* par l'intermédiaire d'autrui. « En principe, dit-il (p. 72), *jure naturali* l'homme ne peut pas être un instrument d'acquisition au moyen duquel celui qui veut acquérir la possession d'une chose en effectuera l'*apprehensio*. Le *jus naturale*, en effet, déclare que *omnes homines æquales sunt* (l. 32 D. De reg. jur., liv. 50 tit. 17), qu'ils sont donc indépendants les uns des autres, qu'un individu ne peut exiger d'un autre qu'il accomplisse un acte quelconque qui peut lui être utile. Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'un homme peut servir d'instrument à son semblable pour appréhender une chose et lui faire acquérir la possession; ce n'est que quand, par suite de l'existence d'une règle de droit, à cet état normal d'indépendance existant entre les hommes, sera substituée une situation telle que, soumis à la puissance d'un autre, un individu sera à la disposition de cette autre personne qui pourra en user et en disposer ».

Tel est le cas de l'esclave qui, selon M. Vermond, est soumis au pouvoir absolu de son maître, en vertu du *jus naturale* lui-même. Tel est également le cas du fils qui se trouve vis-à-vis de son *paterfamilias* dans un rapport de dépendance aussi étroit que l'esclave vis-à-vis de son maître. Des raisons d'ordre essentiellement pratique ont fait admettre que la possession serait acquise par l'intermédiaire d'*extranei*. C'est la possession *naturalis*, selon M. Vermond, qui est ainsi acquise par l'intermédiaire d'autrui.

L'auteur défend cette idée que, *jure naturali*, le fils et l'esclave ne peuvent pas être possesseurs des objets qu'ils appréhendent, même avec l'*animus rem sibi habendi*, parce qu'ils ne sont pas à même de disposer de ces objets, en raison de leur situation dépendante vis-à-vis du *paterfamilias*. Mais, ajoute M. Vermond (p. 101), le maître qui peut affranchir ses esclaves, et le *paterfamilias* qui peut émanciper ses fils, peuvent renoncer dans une mesure moindre à leur *potestas*; ils peuvent leur donner une indépendance suffisante pour leur permettre d'être possesseurs *ex jure naturali*. C'est ce qui aurait lieu par la *concessio peculii* que M. Vermond nous présente comme « la manifestation de volonté du *paterfamilias* ou du maître renonçant à la *potestas* qui lui appartient sur son fils ou sur son esclave, dans la mesure nécessaire pour que cette personne en puissance puisse invoquer les droits que le *jus naturale* reconnaît à tous les hommes pendant tout le temps que cette concession de pécule ne sera pas révoquée, et ne puisse invoquer que ces seuls droits ». C'est en raison de sa qualité de possesseur *ex jure naturali* des objets de son pécule et pour lui permettre de défendre sa possession, qu'on aurait reconnu au *filius* le droit d'intenter *suo nomine* l'action *injuriarum*, l'interdit *quod vi aut clam*, les actions de dépôt et de commodat.

Signalons que la *concessio peculii*, tant qu'elle fut nécessaire pour la formation du pécule, conférait au *subjectus* des pouvoirs d'administration; la définition que M. Vermond nous en donne apparaît au moins incomplète.

En outre, ce n'est pas en qualité de *naturalis possessor* des objets de son pécule que le *filius* pouvait parfois agir en justice *suo*

(qu'il s'agisse ou non de *subjecti*), le tiers détenteur devient *corpore et animo naturalis possessor*, tandis qu'en raison du rapport objectif qui existe entre lui et le *dominus*, celui-ci devient *civilis possessor* ⁽²⁴⁾. La règle énoncée dans les Sentences de Paul : « (*Possessionem adquirimus*) *animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* » ne serait pas classique, et c'est aux compilateurs que nous devrions la distinction faite au digeste, relativement à l'acquisition de la possession, suivant qu'il s'agit de *res* détenues par des *subjecti nomine peculii* ou *nomine patris* ⁽²⁵⁾.

L'une et l'autre de ces théories, fort différentes, partent d'une même conception, à notre sens inexacte, de la *naturalis possessio*. Nous ne croyons pas que les jurisconsultes aient voulu réellement désigner, par les mots *possessio naturalis*, une possession établie conformément aux préceptes du *jus naturale*.

Sans doute, les jurisconsultes classiques en sont venus à cette idée que, au-dessus du *jus civile*, il y a un droit commun à tous les hommes, dicté à eux par

nomine. A l'époque classique, le fils ne pouvait intenter *suo nomine*, que l'action *injuriarum* et l'action *in factum* contre l'affranchi du père qui l'avait assigné sans autorisation. Les jurisconsultes nous disent d'ailleurs, qu'aucune injure ne peut être commise à l'égard d'un esclave et que le maître ne peut pas intenter l'action d'injures *nomine servi*. Cela ne se comprendrait guère si la théorie de M. Vermond était exacte. L'esclave, étant un *naturalis possessor* comme le *filius* pourrait être également troublé dans sa possession et le maître devrait pouvoir intenter l'action d'injures en son nom. Remarquons encore que le fils ne peut intenter l'action d'injures *suo nomine* que dans certains cas, et que, lorsque le *paterfamilias* intente l'action d'injures du chef du *filius*, il n'agit pas comme représentant de ce dernier (V. en ce qui concerne le droit pour le fils d'agir en justice *suo nomine* chapitre suivant, paragraphe 2, section 2).

(24) V. *op. cit.*, p. 91.

(25) V. Beiträge, t. 4, p. 61 suiv. Cf. Z. S. S. f. R., t. 44 (1924), p. 375 suiv. et même revue, t. 43 (1922), p. 417 suiv.

la nature; droit se confondant dans une large mesure, mais non complètement, avec le *jus gentium*, celui sanctionné chez tous les peuples ⁽²⁶⁾.

Mais les jurisconsultes ne parlent pas d'une *possessio ex jure naturali*; ils parlent d'une *possessio naturalis*, de personnes qui possèdent *naturaliter* ⁽²⁷⁾; et ces expressions ne sont pas forcément synonymes de *possessio*, *possidere ex jure naturali*. Il n'est d'ailleurs jamais question du *jus naturale* à l'occasion de la possession.

Le mot *natura* et ses dérivés ne contiennent pas toujours dans les textes juridiques une allusion au droit naturel. Souvent, ils servent à indiquer qu'une chose est possible ou existe en fait : ils visent le fait en opposition au droit. Ainsi les *bona* sont *naturaliter*, ce qui, en fait, rend heureux, *civiliter*, parmi les choses qui rendent heureux, celles qui nous appartiennent, dont nous avons le droit de jouir ⁽²⁸⁾.

Les préceptes du *jus naturale* s'inspirent, il est vrai, des lois de la nature. C'est la contemplation du monde extérieur et des lois naturelles qui permet de dégager ces préceptes. Les jurisconsultes nous disent ainsi que l'esclavage est *contra naturam*, parce qu'il n'y a aucune loi naturelle qui asservisse certains hommes à d'autres, parce que, naturellement, les hommes sont libres et égaux. Les jurisconsultes en déduisent que *jure naturali* il n'y a aucune différence entre les hom-

(26) V. chapitre suivant, § 1.

(27) Nous trouvons l'expression *possessio naturalis* dans les fr. : 38, § 10, D. 22-1 ; 1, § 1 ; 3, § 3, D. 41-2 ; 2, §§ 1 et 2, D. 41-5 ; 1, § 9, D. 43-16 ; 38, § 7, D. 45-1, et l'expression *possidere naturaliter* dans les frs : 7, § 11, D. 10-3 ; 12 pr. D. 41-2 ; 1, § 9, D. 43-16. — Cf. l'expression *naturaliter tenere* : Vat. F. 258 (35 D. 10-2) ; 1 pr. ; 24 ; 49 pr. D. 41-2.

(28) V. *supra*, p. 104 suiv.

mes et, appliquant cette idée en matière d'obligation, ils déclarent que les obligations des esclaves valent *jure naturali* autant que celles des hommes libres.

Mais, entre la simple constatation des lois naturelles et l'application des préceptes, qui se dégagent de ces lois naturelles et constituent le *jus naturale*, il y a une différence.

Les jurisconsultes auraient pu concevoir comme conforme aux préceptes du droit naturel la possession de celui qui retient une chose avec l'intention de s'en servir, d'en jouir, avec l'*animus rem sibi habendi*. Ils auraient pu ainsi, faire de l'*animus* et du *corpus* les deux éléments de la *possessio naturalis*; admettre principalement que les *subjecti* possédaient *jure naturali* les objets de leur pécule, puisque c'est une règle du *jus civile* qui en attribue au *paterfamilias* la possession et la propriété. Mais ils pouvaient également n'entendre, par les mots *possessio naturalis*, que la possession de fait. La possession de fait, c'est la détention matérielle; car, si l'*animus* est un fait comme la détention corporelle, il n'est pas de l'essence de la possession, telle qu'elle résulte de la *natura rerum*.

Comme l'a démontré M. Riccobono, la *possessio naturalis* n'est autre que la *possessio corporalis* ⁽²⁹⁾. Nous

(29) *Op. cit.*, p. 325 suiv. V. également Albertario (La terminologia del possesso), Bull., t. 27 (1914), p. 277.

Selon M. Beseler, la *possessio corporalis* serait, non la simple détention matérielle de l'objet, mais la possession qui est exercée *corpore et animo possidentis*; son opposé serait la *possessio quæ animo retinetur* et la *possessio per filium servum procuratoremve adquisita re nondum a patre dominove adprehensa* (V. Z. S. S. f. R., t. 44 (1924), p. 374).

Cette théorie ne nous paraît pas exacte. *Possessio corporalis* signifie littéralement et proprement possession corporelle. En l'absence de preuve certaine, résultant des textes, rien ne permet de supposer que les jurisconsultes employaient cette expression avec le sens impropre de possession exercée *animo et corpore possidentis*. V., au reste, la note suivante.

voyons, en effet, les jurisconsultes employer comme synonymes les expressions *possessio naturalis* et *possessio corporalis*, *possidere naturaliter* et *possidere corporaliter* ou *tenere*, même *tenere naturaliter*, ou encore *in possessione esse* ⁽³⁰⁾.

Les mots *possessio naturalis* sont employés, tantôt pour désigner l'élément matériel de la possession à côté de l'*animus*, tantôt pour définir la situation de celui qui retient une chose, sans avoir l'*animus* requis pour être possesseur, ou qui ne peut pas être possesseur, tel le *subjectus*, car ces individus détiennent matériellement mais ne possèdent pas ⁽³¹⁾. La *possessio naturalis* c'est la détention matérielle, indépendamment de l'*animus* qui peut colorer cette détention.

Nous devons donc renoncer à définir la situation juridique des *subjecti* à l'égard de leurs *res peculiares* en disant qu'ils sont possesseurs *ex jure naturali* de

(30) V. l'article cité de M. Riccobono. Ainsi, Ulpien nous affirme au fr. 12 pr. D. 41-2 (*lib. 70 ad ed.*) : « *Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet* », tandis qu'il nous dit ailleurs (fr. 6, § 2 D. 43-26) « *... nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in prædio et tamen non possident* », et, (fr. 1, § 8 D. 43-3) « *movet, quod neque ususfructus neque usus possidetur : sed magis tenetur* ». Papinien nous dit de son côté (fr. 49 pr. D. 41-2) : « *Cum naturaliter a fructuario teneatur* ». *Naturaliter possidere* est donc synonyme de *in prædio esse, tenere, naturaliter tenere*. De même, on nous dit que les personnes en puissance peuvent avoir la possession naturelle de *res corporales*; v. ainsi fr. 38, § 7 D. 41-2 (Ulp. *lib. 49 ad Sab.*) : « *Sed quamvis civili jure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est* » (cf. fr. 35 D. 10-2 Papinian. *lib. 12 resp.* : *Filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit* »); or, nous lisons ailleurs que les *subjecti* peuvent, non posséder, mais *tenere* : v. fr. 49, § 1 D. 41-2 (Cf. fr. 38, § 8 D. 45-1 et 24 D. 41-2, sans doute ramaniés).

Possessio naturalis est, d'une façon évidente, synonyme de *possessio corporalis* ou *possessio corpore* dans les fr. suivants : 38, § 10 D. 22-1; 1, § 1; 3 §§ 3 et 13 D. 41-2. Au fr. 23 pr. D. 41-2, les mots *possessio naturaliter comprehensa* visent l'occupation matérielle; au fr. 5 D. 41-3, Gaius nous dit que la possession est interrompue *naturaliter*, quand l'objet est soustrait au possesseur.

(31) V. la note précédente.

ces *res*. En même temps disparaît l'explication théorique des nombreuses interpolations soutenues par M. Beseler dans la matière qui nous occupe.

III. — Mais comment s'explique la règle : *possessio-nem adquirimus animo utique nostro corpore vel nostro vel alieno* ?

La possession produit des conséquences juridiques, elle est sanctionnée par des interdits et elle peut conduire, le cas échéant, à l'acquisition de la propriété par usucapion. Mais elle est avant tout *res facti* : la détention matérielle et l'intention qui colore cette détention soulèvent des questions de fait.

En tant que *res facti*, la possession ne devrait pas, semble-t-il, s'acquérir par l'intermédiaire d'autrui. Le possesseur devrait lui-même appréhender la chose avec l'*animus* requis. Et précisément, il n'y avait anciennement aucune représentation en matière d'acquisition possessoire.

Sans doute, on admit de tout temps que le *paterfamilias* pouvait devenir possesseur des objets appréhendés par ses *subjecti* ; mais il n'y avait pas là une véritable représentation. Nous verrons qu'à l'époque de Julien, le *paterfamilias* était encore censé acquérir par son propre *animus* même la possession des objets défenus *nomine peculii* par ses *subjecti* ⁽³²⁾. S'il n'y avait pas alors de représentation *animo*, il n'y avait pas non plus, semble-t-il, à proprement parler, de représentation *corpore*. C'est bien le *subjectus* esclave ou fils qui retient corporellement, naturellement,

(32) V. dans ce paragraphe, section 2, numéro 5.

l'objet dont la possession revient au *paterfamilias*. Mais étant donné le rapport de dépendance absolu qui lie les esclaves et les fils au *paterfamilias*, ce dernier a, en fait, à sa disposition tout ce qui est détenu par ces individus ⁽³³⁾. Ayant un pouvoir de fait sur ses esclaves et ses fils, le *paterfamilias* a par cela même un pouvoir de fait sur tout ce qui est détenu par ses esclaves et ses fils. Cela nous explique pourquoi les jurisconsultes classiques (au moins les premiers de ces jurisconsultes) ne voulaient pas admettre que l'on puisse acquérir la possession par l'intermédiaire d'esclaves en fuite. Le maître, en effet, ne possède plus un pouvoir de fait sur son *servus fugitivus* ⁽³⁴⁾.

(33) Cf. Vermond, *op. cit.*, t. 1, p. 73.

(34) Le *paterfamilias* acquérait, même à son insu, la possession des objets appréhendés *peculiariter* par ses *subjecti*. Or, le pécule n'étant pas censé retiré au *fugitivus servus*, on aurait dû, semble-t-il admettre que ce dernier procurait à son maître la possession des objets qu'il acquérait, l'acquisition étant considérée comme faite *peculiariter*. Mais il y avait à cela un obstacle provenant de ce que le *servus fugitivus* n'était plus possédé par son maître. Aussi, Nerva filius et Pomponius décidaient-ils que la possession ne pouvait pas être acquise (ni conservée — Nerva) au maître par l'intermédiaire de son esclave en fuite (v. fr. 1, § 14 D. 41-2; 15 D. 6-2; 54, § 4 D. 41-1). Selon la compilation, l'opinion contraire, défendue par Cassius et Julien (fr. 1, § 14 D. 41-2), aurait été admise par Gaius (fr. 25, § 2 D. 40-12), Paul (fr. 1, § 14 D. 41-2) et Hermogénien (fr. 50, § 1 D. 41-2). Cette opinion se serait appuyée, au moins tout d'abord, sur cette règle admise *ex utilitate* que le *servus fugitivus* était censé possédé par son maître, tant qu'il ne l'était pas par autrui (cf. fr. 1, § 14 D. 41-2). Mais il semble bien que M. Albertario ait démontré d'une façon décisive l'origine byzantine de cette doctrine et l'interpolation des textes qui l'énoncent (V. Albertario, Les problèmes de la possession relatifs au *servus fugitivus*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t. 10 (1930), p. 465 suiv.).

M. Albertario pense que la divergence de vues entre les jurisconsultes était la suivante. Un premier groupe de jurisconsultes, à la tête desquels se trouvait Proculus, aurait nié d'une manière absolue la possession par le maître du *servus fugitivus*, à quel qu'effet que ce soit; manière de voir adoptée par Pomponius. D'autres jurisconsultes (Julien et Paul notamment), tout en reconnaissant d'une manière générale que l'esclave fugitif n'était plus possédé par son maître, auraient admis, *utilitatis causa*, que le maître pouvait encore usucaper l'esclave ainsi que ce que celui-ci possédait au moment de la fuite (non que la possession puisse être acquise au maître par l'intermédiaire du *servus fugitivus*).

Cela nous explique également pourquoi, pendant longtemps, on ne put acquérir la possession par l'intermédiaire de *personæ extraneæ*. Au temps de Gaius on discutait encore à ce sujet. Le jurisconsulte, après avoir énoncé ce principe que *per extraneam personam adquiri nobis non posse*, ajoute : « *Tantum de possessione quæritur, an per extraneam personam nobis adquiratur* » (35).

Donc, tout d'abord, on ne put acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui que lorsqu'on était investi sur le détenteur d'un pouvoir de fait assez grand pour paraître avoir le *corpus* de la chose détenue. Ce pouvoir est, en principe, la possession. Mais, en raison du rapport de dépendance que crée entre le *paterfamilias* et le fils la *potestas patria*, on admit encore

(35) § 95 Comm. 2. Il faut d'ailleurs distinguer entre l'acquisition et la conservation de la possession. Il fut, en effet, admis sans contestation que la possession, une fois acquise, pourrait être conservée *corpore alieno* (V. Cornil, Traité de la possession en droit romain, p. 164-165). Cela s'explique, car il est de l'utilisation usuelle d'une chose, de la louer, de la déposer, de la remettre à un colon, etc...

M. Last, qui ne fait pas cette distinction, soutient que, de tout temps, la possession pouvait être acquise *corpore alieno* (V. l'article de M. Last : Fragen der Besitzlehre dans Jherings Jahrbücher, t. 26 (1913) p. 25 et suiv.). L'auteur reconnaît, sans doute, que l'acquisition possessoire *per extraneam personam* fut, à un moment, l'objet de discussions qui n'étaient pas encore complètement éteintes à l'époque de Gaius. Mais ces discussions, selon M. Last, n'auraient pas porté sur l'admissibilité d'une représentation par le *corpus* d'*extranei*, mais sur la possibilité pour les *procuratores* de représenter, en matière d'acquisition possessoire, non seulement par leur *corpus*, mais par leur *animus*.

Cette théorie ne nous semble pas exacte. Sans pouvoir entreprendre ici une étude détaillée des textes cités par M. Last, signalons que cet auteur n'écarte pas d'une manière satisfaisante le principal argument qui milite contre sa thèse, celui tiré du § 95 Comm. 2 de Gaius. La possession, nous le verrons, ne fut jamais acquise par l'*animus* et le *corpus* des *procuratores*, mais seulement par leur *corpus*. Par conséquent, même en lisant dans le § 95 du Commentaire 2 de Gaius *per procuratorem* au lieu de *per extraneam personam*, il n'en demeure pas moins certain que la jurisprudence romaine hésita longtemps avant d'admettre que la possession puisse être acquise par l'intermédiaire d'une *persona extranea*.

l'acquisition possessoire *per filium*, à une époque où celui-ci n'était plus censé posséder par son *pater* ⁽³⁶⁾. Par contre, Gaius élève des doutes sur la possibilité d'acquérir la possession par l'intermédiaire des femmes *in manu* et des fils *in mancipio* que, de son temps, le *paterfamilias* ne possède plus ⁽³⁷⁾.

On finit par admettre, *utilitatis causa*, et après de longues hésitations, que la possession pourrait être acquise par l'intermédiaire de *personæ extraneæ* ⁽³⁸⁾. La règle s'est fixée antérieurement à l'année 196, comme cela résulte de la constitution I C. 7-32 ⁽³⁹⁾.

Les règles relatives à l'acquisition de la possession *per extraneam personam* furent copiées sur celles relatives à l'acquisition de la possession *per subjectam personam*; l'*extraneus* dut appréhender la chose et le mandant avoir l'*animus* requis.

(36) Cf. fr. 1, § 8 D. 41-2.

(37) Gaius Com. 2, § 90. V. Desserteaux, Etudes sur la formation historique de la *capitis deminutio*, t. 1, p. 265 suiv.

(38) Cela fut peut-être admis d'abord pour les *procuratores omnium bonorum* (v. Girard, *op. cit.*, p. 284). A la différence de M. Beseler (Beiträge, t. 4, p. 51 à 71 passim), nous ne pensons pas que, pendant toute l'époque classique, la règle fut limitée aux *procuratores omnium bonorum*. Mais il fallait, sans doute, que l'intermédiaire étranger fut un mandataire (cf. § 2 Paul, Sent., 5, 2).

Selon plusieurs textes du Digeste, la possession aurait pu être acquise, à l'époque classique, par l'intermédiaire de tiers non *procuratores*, c'est-à-dire ne se trouvant pas dans un rapport juridique avec le représenté (fr. 53 D. 41-1 et 20, § 2 D. 41-1 cf. fr. 1, § 7 D. 43-19). Mais ces textes sont vraisemblablement interpolés (v. contre l'authenticité du fr. 53 D. 41-1, Albertario selon Krüger et Krüger ad h. l.; Riccobono, *op. cit.*, p. 366; Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 56; Rotondi, *op. cit.*, p. 88 n. 1 et les auteurs cités dans ces ouvrages — contre l'authenticité du fr. 20, § 2 D. 41-1 : Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 55 et les auteurs cités).

C'est une question ouverte, que celle de savoir s'il faut lire au § 95 Comm. 2 de Gaius : *per extraneam personam* ou *per procuratorem* (v. Girard, Textes, p. 264; Last, *op. cit.*, p. 56; Lewald, Z. S. S. f. R., t. 34, 1913, p. 452; Rotondi, *op. cit.*, p. 111 n. 5 et les auteurs cités dans ces ouvrages).

(39) V. Cornil, *op. cit.*, p. 165 suiv.

Ainsi s'explique la règle : « *possessionem adquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno* ».

III. — Cette règle semble avoir été appliquée, tant à l'acquisition possessoire *per extraneam personam*, qu'à celle faite par l'intermédiaire de *subjecti*.

Peut-être, par exception, les tuteurs et curateurs ont-ils pu, dès l'époque classique, représenter *corpore et animo* ceux dont ils administraient les biens ⁽⁴⁰⁾. Mais, contrairement à ce que pensent plusieurs auteurs, les *procuratores* ne représentèrent que *corpore*.

Sans doute, il est dit maintes fois dans les sources que le mandant acquiert, même à son insu, la possession des objets appréhendés en son nom par le *procurator* ⁽⁴¹⁾. Mais faut-il déduire de cela que la possession est acquise au représenté par l'*animus* et le *corpus* du *procurator* ⁽⁴²⁾ ? Non, car le *dominus*, qui a confié la gestion de tout ou partie de ses biens à un *procurator*, avait par anticipation un *animus* possessoire relativement aux objets que le *procurator* appréhenderait en son nom ⁽⁴³⁾. L'*animus*, en effet, selon

(40) Nous n'avons pas ici à prendre parti sur la question.

(41) V. fr. 34. § 1 ; 49, § 2 D. 41-2 ; 47 D. 41-3. Cf. § 5 In. 2-9 et encore Paul Sent. 5-2-2 ; 13, § 12 D. 5-3 ; 41 D. 41-3 ; c. 1, C. 7-32 cités en ce sens par M. Beseler, *op. cit.*, 4, p. 51 suiv. Selon Schlosmann (Der Besitzerwerb durch Dritte, p. 138 suiv.), l'acquisition possessoire *etiam ignorant* serait une création de la constitution 1 C. 7-32 ; mais v. en sens contraire : Solazzi cité par Rotondi, *op. cit.*, p. 111 n. 2 et Rotondi, *op. cit.* p. 111.

(42) C'est en ce sens que se prononcent Karlowa, R. R., t. 2, p. 338 ; Last, *op. cit.*, p. 53 in-fine et suiv. ; Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 51 suiv. ; Rotondi, *op. cit.*, p. 110 suiv. cf. p. 15, n. 4 ; cf. Lewald-Z. S. S. f. R., 1913, p. 451.

(43) Telle est la théorie classique. Elle est adoptée par MM. Cornil et Girard (Manuel, p 285).

Bien que cela ait été contesté, on doit voir, à notre avis, une

une règle qui paraît ancienne, pouvait être anticipé et indéterminé. C'est, nous le verrons, par un *animus* de cette sorte que Sabinus et Cassius justifiaient l'acquisition au *paterfamilias* de la possession des *res* détenues à son insu par ses *subjecti nomine peculii*.

IV. — Recherchons maintenant dans quelle mesure on appliquait à l'acquisition possessoire *per subjectam personam* la règle : « *possessionem adquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno* ».

De nombreux textes nous montrent qu'une distinction était faite suivant que l'objet appréhendé par le *subjectus* l'était *nomine patris* ou *nomine peculii*. Dans le premier cas, le *paterfamilias* n'acquerrait la possession que, lorsqu'étant capable d'avoir un *animus possessorie*, il avait connaissance de la détention du *subjectus* : c'était donc par son propre *animus* et par le *corpus* du *subjectus* qu'il acquerrait la possession des objets détenus en son nom. Dans le second cas, il acquerrait la possession même à son insu, même s'il était incapable d'avoir un *animus possessorie*.

Cette distinction était faite déjà par Sabinus et Cassius, car Paul nous dit au fr. 1, § 5, D. 41-2 : « *Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate <nostra> est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere*

allusion à l'*animus* anticipé du mandant, dans les fr. suivants : 6, § 2 D. 12-6; 13 pr. D. 41-1; 42, § 1 D. 41-2; 6, § 1 D. 43-26 (v. Cornil, *op. cit.*, p. 186).

permiserimus » (44). Papinien et Paul voyaient dans l'acquisition au *paterfamilias etiam ignorantii* de la possession des objets détenus *peculiariter* par ses *subjecti* une exception à la règle : *possessionem adquirimus animo utique nostro*. Papinien nous dit ainsi au fr. 44, § 1, D. 41-2 : « *Quæsitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quæreretur. Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiariorum inquirere. Nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio : nam si non ex causa peculiari quæretur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quæri possessionem* » (45), et Paul au fr. 3, § 12, h. t. : « *Cæterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum. [Nec movere nos debet] <sed> quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt :*

(44) M. Beseler (*op. cit.* t. 4, p. 65) apporte à ce texte les corrections suivantes : « *Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate <nostra> est, et quidem [earum rerum, quas peculiariter tenent,] etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit [, quia... fin.]* ». M. Beseler qui ne veut pas rapporter la phrase *quia...* à *placuit* considère les mots *quia intelligantur* comme un mélange byzantin de *quia intelleguntur* et de *cum intellegantur*. Tant par sa place dans le texte que par des raisons logiques, *quia* ne peut se rapporter qu'à *placuit*. C'est l'explication de la doctrine de Sabinus, de Cassius et de Julien telle qu'elle est présentée par ces jurisconsultes. Paul, en effet, ne pouvait pas s'exprimer lui-même ainsi puisqu'il donne ailleurs (3, § 12 D. 41-2) de l'acquisition possessoire *nomine peculii* une explication contraire (V. Machelard, *Dissertations de droit romain et de droit français*, Paris, 1882, p. 46). Aucun motif ne justifie la suppression des mots *earum... tenent*. Par contre, la fin du paragraphe depuis *igitur* est vraisemblablement une addition byzantine (en ce sens, Beseler, *l. c.*).

(45) M. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 65, efface les mots *ex peculii causa* et la fin du texte depuis *ne cogerentur*. Ces corrections sont arbitraires. Seuls peuvent paraître suspects les mots *speciem istam*. Nous devons donc considérer le texte comme authentique, au moins jusqu'à : *Nec tamen*.

nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere » (46).

M. Beseler, qui soutient que le *paterfamilias* acquerrait toujours par l'*animus* et le *corpus* de ses *subjecti* la possession des objets appréhendés par eux, conteste l'authenticité des textes ou une distinction est faite suivant que le *subjectus* détient *nomine peculii* ou *nomine patris* (47).

Certains de ces textes sont suspects ou sûrement interpolés (48), mais il en est, croyons-nous, dont le té-

(46) Les corrections proposées par M. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 63, ne sont pas justifiées. Mais nous croyons qu'il faut remplacer *nec movere nos debet* par *sed*. L'exception indiquée à la règle *possidemus animo nostro corpore etiam alieno* serait mieux introduite par le mot *sed* que par les mots *nec movere etc.* qui lui ont été, sans doute, substitués par les compilateurs.

(47) V. Beitrage, t. 4, p. 61 suiv.; Juristische Miniaturen, p. 90 suiv. L'origine classique de cette distinction fut déjà contestée par Cujas (V. les nombreux passages de Cujas cités par M. de Francisci. Rendiconti Lombardo. t. 40 (1907), n. 1015, note 1).

(48) Ainsi le fr. 4, D. 41-2 (Ulpian. lib. 67 *ad edictum*). Nous lisons dans ce texte : « *Quidquid filius peculiari nomine adprehenderit, id statim pater ejus possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium. Amplius etiam si filius ab alio tanquam servus possideatur, idem erit probandum* ». M. Beseler, Beitrage, t. 4, p. 64, supprime les mots *peculiari nomine*, car, dit-il, dans l'une et l'autre des hypothèses envisagées le fils ne pourra pas avoir un pécule appartenant à son père.

En réalité, le fils pourra bien avoir un pécule appartenant à son père, une concession de la part de ce dernier n'étant pas nécessaire, à l'époque d'Ulpien, pour la constitution du pécule. Mais le fils, qui se croyait *sui juris*, acquerrait *suo nomine*; l'expression *peculii nomine adprehendere* est donc ici impropre. La correction faite par M. Beseler ne donne pas cependant au texte d'Ulpien un sens raisonnable. Lorsque le fils était possédé par un tiers *tanquam servus*, il procurait à son maître apparent la possession d'un certain nombre d'objets qu'il appréhendait, que ce soit d'eux-mêmes *nomine domini* ou *nomine peculii*. La règle énoncée au fr. 4 cité n'est pas exacte : tout ce que le fils appréhendera ne sera pas possédé par son véritable *paterfamilias*. Ajoutons enfin, que les jurisconsultes classiques devaient avoir quelque scrupule à admettre que le *paterfamilias* puisse acquérir la possession de certains objets par l'intermédiaire de son fils, dans les deux hypothèses du fr. 4. A notre avis, Ulpien énonçait, dans ce texte, le principe de l'acquisition au *paterfamilias*, *etiam ignorantibus*, des biens détenues par le fils *nomine peculii*; la fin du fragment depuis *quamvis* est une glose.

Peut-être le fr. 24 h. t. est-il également interpolé (v. Riccobono,

moignage est sincère, ainsi les fr. 1, § 5; 3, § 12; 44, § 1, D. 41-2 déjà cités, auxquels il faut joindre les fr. 32, § 2, D. 41-2 et 22, § 3, D. 49-15 (49).

A ces textes, M. Beseler oppose le § 89 du Comm. 2 de Gaius et les fr. 34, § 2, D. 41-2 et 31, § 3, D. 41-3 (50).

Gaius, au § 89 de son Commentaire 2, s'exprime en ces termes : « *Non solum proprietas per eos quos in potestate habemus acquiritur nobis, sed etiam possessio; cujus enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur, unde etiam per eos usucapio procedit* ». Gaius, selon M. Beseler, voulait nous dire que nous acquérons toujours la possession par l'intermédiaire de nos *subjecti* et que, sous certaines conditions, ceux-ci nous font même usucaper. Cette interprétation n'est pas la plus vraisemblable. Gaius énonce ici cette règle générale que le *paterfamilias* peut acquérir la possession et ainsi usucaper par l'intermédiaire de ses esclaves et de ses fils. Le jurisconsulte n'avait pas à nous faire connaître sous quelles conditions il en était ainsi (51). La phrase *cujus enim rei* a pour but d'expliquer pourquoi le *paterfamilias*

op. cit., p. 356 suiv.; Albertario, *Annali Perugia*, 1915-1918, p. 35 suiv.; Beseler, *Beiträge*, t. 4, p. 64). Enfin, le fr. 1, § 22 D. 41-2 est suspect à cause de *adquisierint*. Cf. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 64.

(49) Les rectifications que M. Beseler apporte à ces textes ne sont justifiées par aucun motif intrinsèque.

(50) M. Beseler leur oppose encore la constitution 2 C. Th. 8-12 (c. 26 C. 8-54). Il est ici question d'un « *minor emancipatus, priusquam fari possit aut habere rei quæ sibi donatur affectum* ». L'empereur Constantin admet qu'un semblable individu puisse acquérir la possession par l'intermédiaire de ses esclaves, et cela sans distinguer entre les acquisitions faites *peculii nomine* et les autres. Mais cette constitution consacre vraisemblablement une innovation de Constantin. (V. de Francisci, *Sull acquisto del poseno per mezzo dello schiavo (Rendiconti Lombardo*, t. 40, 1907, p. 1016). L'empereur n'énonce pas ici un principe général, mais une règle exceptionnelle en faveur des *infantes*).

(51) V. de Francisci, *op. cit.*, p. 1013-1014.

peut acquérir la possession par l'intermédiaire de ses esclaves et de ses fils. Au paragraphe suivant, en effet, Gaius ajoute qu'il est douteux que la possession puisse être acquise par l'intermédiaire des personnes *in manu* ou *in mancipio*, « *quia*, dit-il, *ipsas non possidemus* ». Le doute provient de ce que le *paterfamilias* ne possédant pas ces personnes n'a pas sur elles un pouvoir tel que l'on puisse admettre qu'il ait, en fait, à sa disposition les objets qu'elles détiennent. Il en est autrement en ce qui concerne les personnes *in potestate*, étant donné le rapport de dépendance absolu que crée entre le *paterfamilias* et ses esclaves ou ses fils la *potestas dominica* ou *patria*. C'est ce que Gaius veut nous dire par les mots : « *cujus enim rei possessionem adepti fuerint id nos possidere videmur* ».

Les fr. 34, § 2, D. 41-2 et 31, § 3, D. 41-3, semblent favorables à la thèse de M. Beseler. Mais le premier de ces textes n'est certainement qu'une glose maladroite ⁽⁵²⁾, quant au second, il a été, sans doute, déformé par un glossateur ou les compilateurs.

(51) (Ulpian. *lib. 7 Disputat.*) : « *Servus quoque meus ignoranti mihi adquirit possessionem. Nam et servus alienus, ut Celsus scribit, sive a me sive a nemine possideatur, potest mihi acquirere possessionem, si nomine meo eam adipiscatur : quod et ipsum admittendum est* ». D'après ce texte, l'acquisition possessoire *etiam ignoranti* semble possible aussi bien par l'intermédiaire de son propre esclave que par l'intermédiaire d'un *servus alienus*. Il n'est fait ici aucune distinction suivant que le *servus proprius* agit *nomine domini* ou *nomine peculii*.

Savigny (*La Possession*, p. 291 suiv.) explique ce texte en supposant que le jurisconsulte se plaçait dans l'hypothèse où mandat était donné à un *servus proprius* ou même à un *servus alienus* d'acquérir la possession. Cette explication est séduisante; mais on peut objecter qu'il n'est pas fait mention d'un semblable mandat dans ce texte (V. de Francisci, *op. cit.*, p. 1015). On a contesté également l'authenticité de ce texte. M. Beseler (*op. cit.*, t. 4, p. 64-65) propose de le lire ainsi : « *servus quoque meus ignoranti mihi adquirit possessionem. Servus alienus, ut Celsus scribit non potest mihi acquirere possessionem, nisi bona fide*

A en croire la compilation, Paul nous disait au fr. 31, § 3, D. 41-3 : « *Si servus meus vel filius peculiari vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam vel etiam usucapiam: si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegandum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere, sicuti per dormientes quoque eos idem nobis contingeret. Idemque in colono et inquilino per quos possidemus, dicendum est* ». Cet texte paraît bien affirmer que l'acquisition possessoire *per subjectam personam* était soumise aux mêmes règles, que la *subjecta persona* ait acquis l'objet *nomine patris* ou *nomine peculii*. Mais il prouve trop. Paul, en effet, semble admettre, non seulement l'acquisition de la possession, mais encore l'usucapion par le *paterfamilias*, et à son insu, des objets tenus par le *subjectus nomine patris*. Or, il est certain que le *paterfamilias* usucapait à son insu seulement les objets tenus par le *subjectus nomine peculii*. M. Beseler ⁽⁵³⁾ écarte ainsi la difficulté : *vel etiam usucapiam* signifierait : et aussi que j'usucape le cas échéant (*gegebenen Falles*). Il résul-

eum possideam ». M. de Francisci (*l. c.* cf. Riccobono, *op. cit.*, p. 358, n. 3) pense que les compilateurs ont supprimé les mots *peculii nomine*. M. Riccobono trouve tout ce texte suspect et Rotondi (*op. cit.*, p. 51 n. 2) le croit interpolé. Ce texte, qui n'est, ni parfaitement correct, ni parfaitement logique, nous apparaît comme la glose maladroite d'un professeur byzantin qui a voulu rassembler et résumer plusieurs décisions qu'il avait rencontrées dans les textes classiques. Les esclaves, comme les *procuratores*, pouvaient procurer la possession au *dominus*, même à l'insu de celui-ci, sous certaines conditions qui variaient selon les cas : aussi, le glossateur écrit-il, à la suite du § 1 de ce fragment, où il est question de l'acquisition possessoire *per procuratorem* : « *servus quoque meus ignorantem mihi adquirit possessionem* ». Mais la possession pouvait être également acquise par l'intermédiaire d'un *servus alienus* mandataire, règle qui pouvait être déjà suivie par Celsus et le glossateur ajoute : « *Nam etc.* ».

(53) *Op. cit.*, p. 66.

terait donc de ce texte que le *paterfamilias* possédait toujours les *res* tenues en son nom, à son insu, par ses *subjecti*, mais non, qu'il les usucape.

Vel etiam usucapiam, de toute manière, n'énonce qu'une simple éventualité. Le *paterfamilias*, en effet, ne pourra pas toujours usucaper même les *res* détenues par ses *subjecti nomine peculii*. Mais la difficulté subsiste. *Ignorans* est lié aussi bien à *usucapiam* qu'à *possideam*, et, d'après ce texte, l'éventualité *vel etiam (ignorans) usucapiam* existe autant en cas de détention *patris nomine* qu'en cas de détention *nomine peculii*. Les mots *vel etiam meo nomine* sont alors incompréhensibles, puisque le *paterfamilias* ne pouvait pas usucaper à son insu les *res* détenues en son nom par ses *subjecti*. Nous dirons avec M. de Francisci (54) qu'il y a quelque chose de trop dans ce texte. Il faut supprimer, ou bien *vel etiam meo (nomine)*, ou bien *vel etiam usucapiam* ; dans ce dernier cas seulement la thèse de M. Beseler se trouverait confirmée. Supposons, un instant, que le *paterfamilias* puisse à son insu posséder, mais non usucaper, les *res* appréhendées en son nom par ses *subjecti*. Paul veut nous dire que la démence du *subjectus* survenant après coup demeure sans importance. Il devait de préférence choisir l'hypothèse d'une détention *peculii nomine*, car, l'usucapion étant alors possible à l'insu du maître, il avait l'occasion d'examiner les effets de la survenance d'un état d'aliénation mentale chez le *subjectus*, aussi bien en ce qui concerne l'usucapion que la

(54) *Op. cit.*, p. 1011.

possession. Il est d'ailleurs question de l'usucapion dans la suite du texte.

Vel etiam meo nomine constitue donc une addition byzantine au texte de Paul ⁽⁵⁹⁾. Par qui ces mots ont-ils été introduits au fr. 31, § 3; dans quel but l'ont-ils été ?

Nous ne pensons pas que, comme on l'a soutenu ⁽⁵⁶⁾, les compilateurs aient voulu effacer la distinction classique entre l'acquisition possessoire *per subjectam personam nomine patris* et *nomine peculii*. Cette distinction est énoncée dans un assez grand nombre de textes. Les commissaires de Justinien auraient été vraiment bien étourdis s'ils avaient inconsciemment laissé passer dans la Compilation tant de textes contraires au droit de leur temps.

L'altération de ce texte n'est pas l'indice d'une modification du droit antérieur. En ce qui concerne la possession, la règle énoncée par le jurisconsulte Paul était valable, que le *subjectus* détienne *nomine peculii* ou *nomine patris*. La question de la perte de la possession à la suite de la démence du *subjectus* se posait même dans ce dernier cas. Le *subjectus*, en effet, devait être sain d'esprit au moment de la prise de possession, bien que l'*animus* ne résidât pas chez lui, et on pouvait se demander si cette condition était également requise pour la conservation de la possession ⁽⁵⁷⁾. Mais la règle admise par Paul dans l'hypo-

(55) V. de Francisci *l. c.* (cf. Riccobono, *op. cit.*, p. 358).

(56) De Francisci, *op. cit.* passim; Zanzucchi, *Z. S. S. f. R.*, t. 30, 1909, p. 517; Riccobono, *op. cit.*, p. 358; Albertario, *Annali Perugia* (1915-1918), p. 40; Rotondi, *op. cit.*, p. 14 n. 4 et 109 et Solazzi, cité par Rotondi.

(57) Cf. fr. 25, § 1 D. 41-2 (Pomponius, *lib. 23 ad Q. M.*) : « *Et per colonos et inquilinos [aut servos nostros] possidemus : et*

thèse où, par exception, la possession était acquise par l'*animus* et le *corpus* du *subjectus*, devait l'être *a fortiori* dans l'hypothèse où l'acquisition possessoire avait lieu seulement *corpore alieno*.

Les compilateurs (ou un glossateur), en retouchant ce texte, ont simplement voulu compléter la pensée du jurisconsulte qu'ils interprétaient d'ailleurs exactement. Ils ont introduit les mots *vel meo nomine*, sans se rendre compte que ces simples mots déformaient le sens du texte de Paul. La même main a ajouté *idemque in colono et inquilino*. Cette seconde addition au texte primitif était suscitée par la première. En effet, la possession était acquise et conservée par l'intermédiaire des fermiers et des colons de la même manière et sous les mêmes conditions que par l'intermédiaire de *subjecti* agissant *patris nomine*. Mais Paul, qui s'occupait uniquement de la détention *peculii nomine*, n'avait pas à faire cette comparaison.

V. — Ainsi, le *paterfamilias* acquérait différemment la possession des objets appréhendés par ses *subjecti* en son nom et celle des objets appréhendés par eux *peculiariter*. Dans le premier cas, il acquérait la possession *animo suo, corpore alieno*. L'acquérait-il par l'*animus* et le *corpus* de ses *subjecti* dans le second cas ? C'est ce que Paul ⁽⁵⁸⁾ nous affirme, tandis que

si moriantur aut furere incipiunt aut alii locent, intellegimur nos retinere possessionem. Nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest ». Sur l'interpolation des mots *aut servos nostros*, v. Mommsen, ad h. l.; Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 71; Rotondi, *op. cit.*, p. 88, n. 1.

(58) Fr. 3, § 12 D. 41-2.

Papinien ⁽⁵⁹⁾ nous présente la règle suivie en cette matière comme un *jus singulare* admis *utilitatis causa*.

Toutefois, Paul, au fr. 1, § 5, D. 41-2, nous donne de cette règle une explication de nature à la concilier avec le principe : « *possessionem adquirimus animo utique nostro* ». Il nous dit, citant d'anciens jurisconsultes : « *Item adquirimus possessionem per servum aut filium qui in potestate nostra est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus* ». Ainsi, c'est grâce à son *animus* anticipé que le *paterfamilias* deviendrait possesseur, même à son insu, des objets acquis *peculiariter* par ses *subjecti*. Les explications fournies par Paul aux fr. 3, § 12, et 1, § 5, D. 41-2 sont contradictoires. De deux choses l'une, en effet, ou bien le *paterfamilias* acquiert par l'*animus* et le *corpus* de ses *subjecti* la possession des objets appréhendés par eux *peculiariter*; à quoi sert alors la justification donnée au fr. 1, § 5, D. 41-2 ? Ou bien le *paterfamilias* a un *animus* anticipé, et on ne comprend guère pourquoi Paul, au lieu de se contenter de cette explication largement suffisante, affirme que nous acquérons la possession par l'*animus* et le *corpus* de nos esclaves contrairement au principe énoncé par lui : « *possessionem adquirimus animo utique nostro corpore vel nostro vel alieno* ».

Parmi les auteurs qui se sont occupés de la question, les uns, se basant sur ce fr. 1, § 5, D. 41-2, se refusent

(59) Fr. 44, § 1 D. 41-2.

à voir dans les règles relatives à l'acquisition possessoire *peculii nomine* de véritables exceptions au principe « *possessionem adquirimus etc.* » ⁽⁶⁰⁾; les autres, au contraire, considérant l'explication proposée au fr. 1, § 5, D. 41-2 comme insuffisante, s'en réfèrent à l'avis de Papinien, selon lequel nous nous trouvons ici en présence d'un *jus singulare* admis *utilitatis causa* ⁽⁶¹⁾.

Nous comprenons les choses de tout autre façon. Paul au fr. 1, § 5, D. 41-2 nous rapporte simplement l'opinion d'anciens jurisconsultes sans prendre partie ⁽⁶²⁾, et, l'explication présentée par Sabinus, Cassius et Julien, exacte à l'époque de ces jurisconsultes, était inadmissible aux temps de Papinien et de Paul, en raison des transformations subies entre temps par le droit du pécule.

Sabinus, Cassius et Julien exigeaient une concession du *paterfamilias* pour la constitution du pécule ; ils pouvaient aisément supposer chez le *paterfamilias* concédant un *animus* possessoire anticipé. Paul et Papinien, qui admettaient la formation du pécule *insciente domino*, ne pouvaient plus se contenter de cette explication : ils étaient contraints d'admettre que le *paterfamilias* acquérait par l'*animus* et le *corpus* de

(60) Ainsi Ch. Appleton, De la possession et des actions possessoires. Paris, 1871, p. 92; Girard, *op. cit.*, p. 285, n. 4.

(61) Ainsi de Jhering, Du rôle de la volonté dans la possession, p. 233; Machelard, Dissertations de droit romain et de droit français, p. 46.

(62) M. Boulard (Salvius Julianus, p. 293-294), croit, au contraire, que l'explication *quia* émane de Paul, tandis que, pour Julien, l'esclave procurait à son maître par son propre *animus* la possession des objets qu'il acquérait *peculiariter*. Cette interprétation n'est pas possible, puisque Paul nous donne au fr. 3, § 12 une explication inconciliable avec celle présentée au fr. 1, § 5 h. t.

ses *subjecti* les objets que ceux-ci appréhendaient *peculiariter*, et c'était là une importante exception au principe : « *possessionem adquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* ».

Mais l'explication fournie au fr. 1, § 5, était-elle valable, même pour les jurisconsultes qui faisaient dépendre l'existence du pécule d'une concession du *paterfamilias* ? C'est ce que l'on a parfois contesté. « Cette opinion, dit de Jhering ⁽⁶³⁾, était également erronée, car par la mort du maître c'en était fait de la *nostra voluntas*. Et cependant elle ne change rien à la possession du pécule ; celle-ci continue et elle est acquise de nouveau, même sans capacité de vouloir dans le chef du maître (*hereditas jacens, infans, furiosus*). Papinien avait frappé juste : c'était une singularité qui trouvait sa raison d'être dans les rapports de la maison romaine et qui se limitait à ces rapports ».

La jurisprudence romaine finit par admettre que, *peculii nomine*, les esclaves des pupilles, des fous, des hérédités jacentes, même des *municipes* pouvaient faire acquérir la possession à leur maître incapable d'*animus* ⁽⁶⁴⁾. Ces solutions vont de soi, si le *subjectus*,

(63) *L. c.*

(64) En ce qui concerne l'*infans* et le *furiosus* v. fr. 32, § 2 i. f. D. 41-2 (Pomponius *lib. 32 ad Sabin.* : « *Rem infans peculiari nomine per servum possidere potest* ») ; 8 pr. D. 41-3 (Paul. *lib. 12 ad ed.* : « *Labeo Neratius responderunt ea, quæ servi peculiariter nacti sunt, <ab infante quoque et furioso> (Mom.) usucapi posse, quia hæc etiam ignorantes domini usucapiunt : idem Julianus scribit* ») ; v. également 1, § 5 D. 41-2 (mais dans ce texte la phrase : *igitur... emat* est probablement une glose ou une interpolation ; v. *supra*, note 44) ; cf. encore fr. 28, pr. D. 41-3 et sur ce texte v. *infra* note 72.

En ce qui concerne l'hérédité jacente, v. fr. 45, § 1 D. 41-3 (Papinian. *lib. 23 quæst.* : « *Post mortem domini servus heredita-*

agissant *peculii nomine*, procure à son maître la possession par son *animus* et son *corpus*. Mais l'explication fournie par les anciens jurisconsultes était de nature à justifier les règles admises dans quelques-unes de ces hypothèses spéciales : ainsi dans celle où le maître est un *furiosus* ou est une *hereditas jacens*.

Tant qu'une *concessio peculii* fut nécessaire pour la constitution du pécule, l'esclave ou le fils du *furiosus* ne put avoir qu'un *peculium ante constitutum*. La *concessio peculii* dépassait, en effet, les pouvoirs du curateur (65). C'était donc d'un *paterfamilias* pleinement capable d'avoir un *animus* possessoire que l'esclave ou le fils du *furiosus* tenait son pécule. Or, la survenance d'un état de démence n'entraîne pas la perte de l'*animus* (66).

Le même raisonnement était possible en cas d'hérédité jacente, lorsqu'on eut admis la fiction de la survie du défunt. En effet, le maître qui a concédé le pécule, qui a eu un *animus* possessoire anticipé, est censé encore vivant à la tête de son patrimoine, peu importe que, comme le *furiosus*, il soit maintenant incapable d'avoir un *animus* possessoire.

Par contre, il est difficile d'expliquer par un *animus* anticipé l'acquisition possessoire *peculii nomine* à des

rius <nisi> (v. infra note 72) peculii nomine rem coepit tenere usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditæ », la fin du texte est peut-être interpolée v. en ce sens Beseler, op. cit., t. 4, p. 67); cf. 29 D. 49-15 (cf. encore fr. 44, § 3 D. 41-3 et 9, § 6 D. 6-2 et sur ces textes v. infra, note 72).

V. enfin, en ce qui concerne les municipes, fr. : 1, § 22 D. 41-2 cf. 9, § 6 D. 6-2.

(65) Fr. 7, § 1 D. 15-1.

(66) V. fr. 44, § 6 D. 41-3 et 27 D. 41-2 (*quia furiosus non potest desinere animo possidere*); cf. toutefois, Rotondi, op. cit., p. 42 suiv.

infantes ou à des *municipes*. Mais ce n'est pas l'extension à ces cas spéciaux, des règles suivies ordinairement en matière d'acquisition possessoire *peculii nomine* qui aurait pu faire considérer ces règles comme constituant toujours des exceptions au principe : « *possessionem adquirimus animo utique nostro* » (67). Donc, encore à l'époque de Julien, en principe, le *paterfamilias* acquérait *animo suo*, même la possession des objets détenus *peculiariter* par ses *subjecti* : son *animus* existant dès le jour de la *concessio peculii*, la possession lui était acquise, même à son insu, avec l'appréhension corporelle de l'objet par la personne en puissance.

Après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule, on fut bien obligé d'admettre que le *paterfamilias* acquérait par l'*animus* et le *corpus* de ses *subjecti* la possession des objets détenus par ceux-ci *peculiariter*. Depuis lors, le *subjectus* possède *corpore et animo* les objets de son pécule, comme si, au lieu d'en être un simple détenteur, il en était le véritable possesseur. Il n'y a pas, en effet, de différence entre l'*animus* du *subjectus*, qui retient des objets *peculii nomine*, et celui du *sui juris* possesseur. Ainsi le *filius familias*, qui a acquis des objets *nomine peculii* alors que son *paterfamilias* était retenu comme captif à l'étranger, est censé avoir possédé lui-même ces objets, si son père vient à mourir en esclavage (68).

(67) Il convient d'ailleurs de remarquer que, dans toutes ces hypothèses, nous sortons du droit commun, car la possession est acquise au *paterfamilias* par l'intermédiaire d'esclave qu'il ne possède pas.

(68) V. fr. 44, § 7, i. f. D. 41-3 (Papinianus *lib. 23 quæstionum*). Cf. toutefois, contre l'authenticité de ce texte, Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 67.

VI. — En ce qui concerne l'acquisition au *paterfamilias* de la propriété par usucapion des objets détenus par ses *subjecti*, comme en ce qui concerne l'acquisition de la possession de ces objets, il faut distinguer suivant que le *subjectus* détient *nomine peculii* ou *nomine patris*.

Lorsque la possession est acquise par l'intermédiaire d'autrui, en principe, les délais d'usucapion ne commencent à courir que du jour où le *dominus* a connaissance de la détention faite en son nom, même s'il est déjà possesseur en raison d'un *animus* possesseur anticipé ⁽⁶⁹⁾, et c'est sa bonne ou mauvaise foi qui compte, non celle du mandataire.

Mais ces règles sont écartées lorsque l'intermédiaire est un *subjectus* agissant *peculii nomine*. Celsus nous dit ainsi ⁽⁷⁰⁾ : « *Si servus meus peculiari nomine apiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere; quod si non peculiari nomine non nisi scientem me...* ». Cette règle est ancienne. Elle était déjà connue de Labéon ⁽⁷¹⁾ et ne semble pas avoir été par la suite l'objet de contestations sérieuses ⁽⁷²⁾.

(69) C. 1 C. 7, 32; fr. 47 D. 41-3.

(70) Fr. 2, § 11 D. 41-4.

(71) Fr. 8 pr. D. 41-3 (Paulus *lib. 12 ad ed.*).

(72) V. fr. : 23, § 3 D. 4-6 (et sur ce texte Beseler, *Beiträge*, t. 4, p. 62); 54, § 4 D. 41-1; 1, § 22 D. 41-2; 8 pr.; 31, § 3 D. 41-3 (cf. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 67); 2, § 11; 7, § 8 D. 41-4 (cf. Beseler, *op. cit.* t. 4, p. 68); 12, § 2, D. 49-15 (cf. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 69); 29, D. 49-15 (cf. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 70), et, comme preuve indirecte : fr. 22, § 3 D. 49-15.

On peut ajouter à ces textes, avec M. Beseler (*op. cit.*, t. 4, p. 67), le fr. 45, § 1 D. 41-3; en effet, devant *servus hereditarius* s'impose l'insertion de *nisi* (Mommsen; Beseler, Appleton, *Negations intruses ou omises*, p. 58) ou, si l'on préfère, de *ni* (Kniep cité par M. de Francisci, *op. cit.*, p. 1006, qui semble se prononcer également en ce sens); v. au sujet des discussions soulevées par ce fragment, les auteurs cités par M. de Francisci, *l. c.*

Par contre, dans plusieurs textes du digeste, la distinction entre les cas n'est pas faite : v. fr. 7, § 3 D. 10-4; 2 D. 41-2; 15 pr.;

Le *paterfamilias* usucapant à son insu les *res* appréhendées *peculii nomine* par ses *subjecti*, c'est l'intention de ces derniers et leur bonne ou mauvaise foi qui tiennent la première place. Nous lisons dans un texte de Paul ⁽⁷³⁾ : « *Pomponius quoque in his, quæ nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait: quod si peculiari, tunc mentem servi quærendam...* »

28; 44, § 3 D. 41-3. Cela pourrait s'expliquer pour les fr. 7, § 3 D. 10-4 et 2 D. 41-2 qui paraissent suspects à M. de Francisci (*op. cit.*, p. 1006; v. également contre l'authenticité du fr. 7, § 3, les auteurs cités par l'Index Interp.). Ulpien, en effet, dans l'un et l'autre de ces textes, n'était pas contraint d'exposer sous quelles conditions l'usucapion était possible (V. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 62-63). Contre l'authenticité des autres textes, v., pour le fr. 15 pr. D. 41-3, de Francisci, *op. cit.*, p. 1008; Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 66; Riccobono, *op. cit.*, p. 358, n 1; pour le fr. 28 D. 41-3; Beseler, *l. c.*; de Francisci, *op. cit.*, p. 1009; pour le fr. 44, § 3 D. 41-3: de Francisci, *op. cit.*, p. 1007; Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 64.

Ces différents textes énoncent, croyons-nous, une doctrine byzantine. Ils sont relatifs à l'acquisition de la possession et à l'usucapion par des *infantes* (fr. 28 D. 41-3), des captifs (fr. 15 pr. D. 41-3), des hérédités jacentes (44, § 3 D. 41-2), des municipes (7, § 3 D. 10-4; 2 D. 41-2). Si les compilateurs ont maintenu, en principe, la distinction classique, ils l'ont, par contre, fait disparaître exceptionnellement en faveur des personnes incapables par elles-mêmes d'acquérir la possession et d'usucaper, afin de leur permettre de posséder et d'usucaper tous les objets détenus par leurs *subjecti*, que ce soit ou non à titre de pécule. Cette doctrine trouve son point de départ dans la constitution 2 C. Th. 8-12 (cf. c. 26 C. 8-54) de Constantin qui consacrait un droit d'exception en faveur des *infantes* (cf. de Francisci, *op. cit.*, p. 1009, et Zanzucchi, Z. S. S. f. R., t. 30, 1919, p. 517). Les compilateurs ont étendu le bénéfice de cette exception aux fous, aux hérédités jacentes, aux municipes. Les compilateurs ont également fait paraître cette doctrine dans l'ensemble des fr. 9, § 6 et 10 D. 6-2 : fr. 9, § 6 (Ulpianus *lib. 16 ad ed.*) : « *Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset. Municipis quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt condicione* »; fr. 10 (Paul. *lib. 19 ad ed.*) « *Sive peculiari nomine servus emerit sive non* ». Le fr. 10 constitué par quelques mots est par cela même suspect (contre son authenticité v. Beseler, B. t. 1, p. 41; Solazzi et Seligshon cités par Index Interpol.). Quant au fr. 9, § 6 il contient l'expression byzantine : « *publiciana utitur* » (Beseler, Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 346 remplace *publiciana* par *hac actione* et efface *quasi... possedisset*) et il est considéré comme non classique par MM. Riccobono, *l. c.* et Solazzi (selon Index Interpol.).

(73) Fr. 2, § 12 D. 41-4.

Il découle de cela un certain nombre de conséquences importantes que les jurisconsultes ont pris grand soin de signaler.

Tout d'abord, il n'est pas nécessaire que le *dominus* soit doué de volonté, capable d'avoir une bonne ou une mauvaise foi : ainsi des enfants, des fous, des hérités jacentes pourront usucaper les objets détenus par leurs *subjecti peculiariter* ⁽⁷⁴⁾.

En second lieu, la mauvaise foi du *subjectus* rendra l'usucapion impossible, même si le *paterfamilias*, lui, est de bonne foi ⁽⁷⁵⁾.

Quant à la mauvaise foi du *paterfamilias*, elle ne comptera que lorsqu'elle existe au début de la possession ⁽⁷⁶⁾. Mais, si un *dominus*, sachant qu'une chose appartient à autrui, apprend qu'un de ses esclaves la détient de bonne foi, *nomine peculii*, il n'en usucapera pas moins cette chose. La foi de l'esclave était bonne au début de la possession. Peu importe qu'à cette bonne foi se joigne après coup la mauvaise foi du maître; l'usucapion est déjà commencée, or, « *mala fides superveniens non nocet* » ⁽⁷⁷⁾.

Ainsi, c'est chez le *subjectus* que devaient être remplies les conditions requises pour l'usucapion par le *paterfamilias* des objets détenus *nomine peculii*, à

(74) V. fr. 1, § 22 D. 41-2; 8 pr. D. 41-3 (v. *supra*, note 72); 45, § 1 D. 41-3 (v. *supra*, note 72), 29 D. 49-15.

(75) Fr. 2, § 10 D. 41-4 (Paul. *lib. 54 ad ed.*) : « *Si servus tuus peculiari nomine emat rem, quam sit alienam, licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies* »; § 11, h. l. (cf. Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 67); cf. § 12 h. l., où la phrase : *Et si servus etc. est* peut-être une glose marginale (Beseler, *op. cit.*, t. 4, p. 68).

(76) V. fr. 2, § 13 D. 41-4.

(77) V. fr. 2, § 13 D. 41-4.

partir d'une certaine époque, celles requises pour l'acquisition possessoire de ces objets.

« Cette valeur donnée aux actes de l'esclave, dit judicieusement Machelard ⁽⁷⁸⁾, n'a rien d'étonnant si l'on songe que quand il a un pécule il est censé avoir un patrimoine (*quasi-patrimonium, pusillum patrimonium*), et qu'il joue en quelque sorte le rôle d'un homme libre, puisqu'il peut contracter des dettes qui engagent le pécule ».

A côté du droit patrimonial des *sui juris* s'est peu à peu constitué un droit patrimonial des *subjecti*. Le pécule est devenu au cours de l'époque classique une sorte de patrimoine gravitant autour de la personnalité même du *subjectus*, les droits qui le composent investirent dès lors l'*alieni juris* dans une certaine mesure. Mais ce qui distingue le pécule du patrimoine d'un *sui juris*, c'est que son actif est englobé dans le patrimoine d'une autre personne : celui du *paterfamilias*. Ce qui distingue le droit du *subjectus* sur ses *res peculiares* de celui que possède un *sui juris* sur les biens de son patrimoine, c'est que ce droit n'existe qu'à l'intérieur du droit plus complet et plus fort qui appartient au *paterfamilias*.

Le *subjectus* acquiert pour son pécule les objets qu'il acquerrait pour son patrimoine s'il était *sui juris*, et sous les mêmes conditions. Il ne fait pas figure de représentant, et les conditions de validité de l'acquisition sont appréciées en considération de sa personne. Le *paterfamilias*, en vertu de principes fonda-

(78) *Op. cit.*, p. 46.

mentaux, devient propriétaire et possesseur des objets acquis par le *subjectus nomine peculii*, seulement il n'en devient propriétaire et possesseur que d'une façon médiate.

Le même droit investit à la fois le *paterfamilias* et le *subjectus*. Le *paterfamilias* est propriétaire et possesseur des objets corporels du pécule, le *subjectus* en est, pour ainsi dire, quasi-propriétaire et quasi-possesseur ⁽⁷⁹⁾.

Le droit que l'on finit par reconnaître au *subjectus* sur les objets de son pécule ne portait pas une atteinte directe aux droits du *paterfamilias*, aussi pouvait-on dire encore que le *paterfamilias* était propriétaire et possesseur des *res peculiares corporales*. Quant au *subjectus*, il ne possède sur les objets corporels de son pécule aucun des droits qui peuvent appartenir sur une chose à un *sui juris* et ainsi le principe de l'incapacité patrimoniale des *subjecti* est respecté.

§ II. — DU « DOMINIUM (POTESTAS) » SUR LES ESCLAVES DU PÉCULE

I. Quelques-unes des manifestations du *quasi-dominium* et de la *quasi-potestas* de l'ordinaire sur son vicaire. — II. Le pouvoir du *subjectus* sur son *servus peculiaris*. — III. Responsabilité du *subjectus* du chef du *servus peculiaris* — notamment en matière délictuelle. — IV. Pouvoir de surveillance et de coercition du *subjectus* sur le *servus peculiaris*. — V. Rapports familiaux entre l'ordinaire et le vicaire.

(79) Sans doute, les jurisconsultes ne définissent pas de cette manière le droit du *subjectus* sur ses *res peculiares*. Et, l'expression *quasi possessio* a un sens tout différent dans les textes. Qu'on nous concède cependant l'emploi de cette terminologie qui nous permet mieux que toute autre de préciser le droit que la jurisprudence classique reconnut aux *subjecti* sur certains objets corporels, sous le couvert de l'institution du pécule.

I. — Le *quasi-dominium*, que la jurisprudence romaine classique reconnut aux *subjecti* sur les objets corporels de leur pécule, comportait une *quasi-potestas* lorsqu'il frappait des *vicarii* ou des *servi peculiares* ⁽¹⁾.

Nous devons examiner quelques manifestations caractéristiques de ce *quasi-dominium* et de cette *quasi-potestas*.

Dans de nombreuses règles ou coutumes, le vicaire est traité comme l'esclave de l'ordinaire.

Les *vicarii* formaient, à l'intérieur du patrimoine du *paterfamilias*, un groupe distinct de celui des esclaves directs ; Ulpien ⁽²⁾ nous dit ainsi : « *Vicarios autem servorum suorum numero non contineri Pomponius libro quinto scribit* ».

Ils ne faisaient pas partie des *servi a domino in fundum inducti*, ni des *servi qui ex voluntate domini in fundo morarentur*, s'ils étaient vicaires de tels esclaves ⁽³⁾.

Les vicaires d'esclaves publics ou impériaux n'étaient pas considérés comme des *servi publici* ou *Cæsaris* ⁽⁴⁾.

Dans les inscriptions, les sous-esclaves nés à la mai-

(1) Sur la question, v. principalement Erman, *Servus Vicarius*, p. 449 suiv.

(2) Fr. 73, § 5 D. 32; cf. fr. 15 D. 33-8.

(3) Fr. 32 D. 20-1; 12, § 44 D. 33-7, v. Erman, *op. cit.*, p. 450, n. 3.

(4) Cela semble bien résulter de la constitution 2 C. 7-11 (Alexandre Sévère) : « *Servos meos nec per interpositam personam ad libertatem producere homines peculii sui posse mandatis comprehenditur* ». Comme le signale M. Erman (*op. cit.*, p. 451, n. 1), dans aucune inscription le vicaire d'un *servus publicus* ou *Cæsaris* n'est désigné comme ayant lui-même cette qualité.

son sont désignés comme les *vernæ* de l'ordinaire, non comme ceux du maître (5).

Enfin, comme le suppose non sans raison M. Erman (6), le vicaire devait être inscrit sur les registres du cens avec sa qualité de vicaire : ainsi comme vicaire de Pamphilus esclave de Titius (7).

II. — Les esclaves et fils de famille eurent, à une époque, sur les esclaves de leur pécule, comme sur les autres *res peculiares*, un pouvoir propre, mais limité en faveur du *paterfamilias*. Ils pouvaient se servir à leur guise de ces esclaves, les affecter à leur service personnel ou à une entreprise du pécule, les louer, les donner en commodat, etc... Ils n'avaient pas de plein droit la faculté de les aliéner; ils ne pouvaient les vendre que s'ils avaient reçu l'autorisation d'administrer leur pécule, les donner que s'ils avaient été spécialement autorisés à cela par le *paterfamilias*.

Pouvaient-ils les affranchir ?

Il est certain que l'affranchissement ne faisait partie, ni des actes que le *subjectus* avait la faculté d'accomplir sans autorisation, puisqu'il comportait l'abandon de droits, ni des actes autorisés par la *concessio administrationis*, puisque ce n'était pas un acte d'administration. Toutefois, les *servi publici* ou *Cæ-*

(5) V. les inscriptions suivantes citées par M. Erman, *l. c.* : Orelli, 2920, C. I. L., t. 6, n° 6397 et 8578 (Dessau 1511).

(6) Erman, *op. cit.*, p. 401, n. 2 et p. 450. M. Erman invoque en ce sens le fr. 4, § 5 D. 50-15, où Ulpien déclare que l'on doit inscrire sur les registres du cens l'*officium* des esclaves.

(7) Selon M. Erman (*op. cit.*, p. 453, n. 3), le vicaire qui abandonnait l'ordinaire pour venir auprès du maître était un *servus fugitivus*, quand aucun motif légitime ne justifiait son départ. L'auteur déduit cela par un raisonnement *a contrario* du fr. 17, §§ 3, 4 et 11 D. 21-1.

saris, qui pouvaient disposer par testament de la moitié de leur pécule, pouvaient, dans cette mesure, affranchir leurs vicaire⁽⁸⁾. En outre, il n'est pas douteux que les fils ou esclaves, qui avaient reçu une *concessio administrationis*, pouvaient vendre les esclaves de leur pécule à des acquéreurs fiduciaires, lorsque l'opération présentait à leur égard les caractères d'une vente ordinaire⁽⁹⁾.

Mais l'affranchissement entre vifs pouvait-il, comme les libéralités en général, être accompli par le *subjectus* lui-même avec l'autorisation spéciale de son *paterfamilias*? La question, plus délicate en ce qui concerne les *filii*, est simple pour les *ordinarii*. L'affranchissement est, dans une certaine mesure, un acte public, et l'on comprend que les formalités n'aient pas pu en être accomplies par un esclave. Même avec l'autorisation spéciale de son maître, l'ordinaire ne pourra pas conférer au vicaire la qualité d'affranchi citoyen⁽¹⁰⁾. Mais il faut supposer, avec M. Erman⁽¹¹⁾, que l'esclave affranchi par l'ordinaire devenait latin junien, puisque la simple volonté du maître, indépendamment de toute formalité, suffisait à conférer cette

(8) La constitution d'Alexandre Sévère (c. 2 C. 7-11) ne prive pas les *servi Cæsaris* de ce droit, car elle n'a trait qu'aux affranchissements entre vifs.

(9) Bien souvent, d'ailleurs, il n'en était pas ainsi, et l'opération ne constituant pas en réalité un acte à titre onéreux, une autorisation spéciale du maître était nécessaire (Erman, *op. cit.*, p. 458). L'esclave pouvait même, selon Ulpien (fr. 4, § 8 D. 40-1), être acquéreur fiduciaire.

(10) A moins que, d'accord avec son maître, il ne se serve de ce moyen détourné qui consiste à aliéner l'esclave à un acquéreur fiduciaire libre, chargé d'affranchir.

(11) *Op. cit.*, p. 459, n. 3.

qualité ⁽¹²⁾, et que la volonté du maître s'était manifestée par l'autorisation donnée au *subjectus* ⁽¹³⁾.

Il semble bien, par contre, que les *fili*i aient pu affranchir directement les esclaves de leur pécule ⁽¹⁴⁾. Mais la validité de l'affranchissement était nécessairement subordonnée à une autorisation spéciale du *paterfamilias* ⁽¹⁵⁾. C'était le *paterfamilias* qui était censé avoir affranchi ⁽¹⁶⁾, d'où cette conséquence : les conditions de validité de l'affranchissement s'appréciaient toujours *ex persona patris familias* ⁽¹⁷⁾.

Lorsqu'un vicaire ou un *servus peculiaris* a été affranchi, les droits de patronat appartiennent-ils au patrimoine direct du *paterfamilias* ou au pécule de l'ordinaire ou fils de famille ?

Les inscriptions donnent, parfois, le titre de patron à de simples esclaves ⁽¹⁸⁾. Mais, juridiquement, c'est le maître qui est patron ; c'est d'ailleurs lui, nous l'avons dit, qui, de toute manière, a affranchi ou est censé avoir affranchi. Pour ce qui est des avantages pécuniaires découlant du patronat, il est probable qu'en fait, le *paterfamilias* les laissait au *subjectus*. Tombaient-ils de plein droit au pécule ? Logiquement il en devrait être ainsi, car l'affranchissement a lieu es-

(12) Cf. fr. Dosithée, § 7 : « *Lex enim Junia eos fieri Latinos jubet, quos dominus liberos esse voluit* ».

(13) C'était bien le maître qui affranchissait *nuda voluntate*, mais, comme le dit M. Erman (*op. cit.*, p. 459), « l'ordinaire et le vicaire pouvaient alors avoir l'illusion d'un affranchissement fait par le premier ».

(14) M. Buckland pense que le fils pouvait affranchir même *per vindictam* (en sens contraire Mittels, Z. S. S. f. R., t. 21, p. 199 suiv.; t. 25, p. 379 suiv.).

(15) Paul, Sent. 1, 13 a, 2; fr. 18, § 2 D. 40-2.

(16) Fr. 51, § 1 D. 23-2; 22 D. 40-2; 30, § 1 D. 40-9 (v. Erman, *op. cit.*, p. 520).

(17) Fr. 16 D. 40-1; 10 D. 40-2; 15, § 1 D. 40-9 (Erman, *op. cit.*, p. 521).

(18) V. Erman, *op. cit.*, p. 462 suiv.

sentiellement au détriment du pécule. Mais la question n'est pas tranchée dans les sources.

III. — Le *vicarius* ou le *servus peculiaris* est pour l'ordinaire ou le fils de famille une source de profits, comme le serait un esclave pour son véritable maître.

Inversement, le vicaire est pour l'ordinaire, le *servus peculiaris* pour le fils de famille, une cause de perte, chaque fois que l'ordinaire et le fils seraient, s'ils étaient de véritables maîtres, passibles d'une action noxale ou adjectice, et cela dans la même mesure. Nous avons vu déjà qu'il en était ainsi, en principe, relativement à la responsabilité adjectice du *filius* et de l'*ordinarius*, en raison des *negotia* des sous-esclaves de leur pécule ⁽¹⁹⁾. Nous devons ajouter quelques mots au sujet de leur responsabilité délictuelle.

Supposons que Pamphilus, vicaire de Stichus, esclave de Titius, ait commis un délit. Quelle masse de biens va en supporter les conséquences pécuniaires ; le patrimoine de Titius ou le pécule de Stichus ? D'autre part, l'action noxale, qui, bien entendu, ne pourra être intentée que contre Titius, sera-t-elle une action noxale directe ou une action noxale de *peculio ordinarii* ? Il est, en effet, question au Digeste, dans un cas particulier, d'une action de cette seconde sorte.

Si l'action noxale *nomine vicarii* est donnée contre le maître seulement de *peculio ordinarii*, elle sera toujours au détriment de l'ordinaire, soit que le maître abandonne le vicaire, soit qu'il paye la *litis æstimatio* dans la mesure du *peculium ordinarii*.

(19) V. *supra*, p. 359 suiv.

Si l'action est une action directe, Titius devra, ou livrer Pamphilus, ou payer intégralement l'*æstimatio litis*. S'il livre Pamphilus, la perte est plus spécialement pour Stichus dont le pécule se trouve amoindri. Mais, si le maître paye la *litis æstimatio*, pourra-t-il déduire du pécule de Stichus tout ce qu'il a payé ?

Il résulte de deux textes, l'un de Pomponius ⁽²⁰⁾, l'autre d'Africain ⁽²¹⁾, que l'action intentée contre le *dominus*, en raison des délits d'un sous-esclave, était une action noxale directe : le maître devait choisir entre l'abandon du coupable et le payement intégral de la *litis æstimatio*.

Mais, le maître, qui a payé intégralement l'*æstimatio litis*, possède un recours, soit contre le pécule du vicaire, soit contre celui de l'ordinaire. C'est ce que nous dit Africain au fr. 16 pr. D. 33-8. Le maître pourra déduire du pécule de Pamphilus toute la *litis æstimatio* (« *quantacumque ea summa esset* ») : le pécule de Stichus comprenant celui de Pamphilus supportera donc toute la *litis æstimatio*, lorsque cette dernière ne dépassera pas l'actif du pécule du vicaire. Mais le débiteur de toute l'*æstimatio litis* c'est Pamphilus, non Stichus. Si le pécule de Pamphilus ne suffit pas, le maître pourra alors exercer une déduction sur le reste du pécule de Stichus, mais, dit Africain, *non ultra pretium Pamphili*.

Stichus est donc personnellement tenu du chef de son vicaire Pamphilus, non dans la mesure de toute la *litis æstimatio*, mais dans celle de la valeur mar-

(20) Fr. 23 D. 15-1.

(21) Fr. 16 pr. D. 33-8.

chande de Pamphilus. Ce qui est mis à sa charge, c'est le minimum de l'obligation noxale.

L'ordinaire est toutefois moins bien traité qu'un *dominus* véritable. Tout d'abord, il ne peut pas choisir entre l'abandon du coupable et le paiement de la *litis æstimatio* (22). Ensuite, il peut être tenu malgré lui et indirectement au delà de la valeur du *vicarius*, puisque le maître peut déduire intégralement du pécule du *vicarius* l'*æstimatio litis* qu'il a dû payer à cause de lui.

Lorsqu'une somme avait été déduite du pécule de l'ordinaire en suite d'une action noxale *vicarii nomine*, l'ordinaire devenait créancier pour autant du vicaire; lui aussi, en effet, en est le maître, or, « *quidquid pro capite servi præstitum sit in eo debitorem eum domini constitui* » (23).

La doctrine exposée par Pomponius et Africain, somme toute équitable, était en parfaite harmonie avec les principes généraux qui gouvernent les actions noxales. Une action noxale *de peculio ordinarii* aurait violé ces principes. Dans cette action, en effet, il aurait fallu tenir compte des dettes de l'ordinaire et de celles du vicaire envers le maître, de telle sorte que le créancier aurait pu ne toucher qu'une somme infime, peut-être rien. Mais surtout, une action noxale

(22) On comprend cependant tout l'intérêt que l'ordinaire aurait à éviter l'abandon noxal lorsque le vicaire était un de ses proches : son enfant ou sa femme.

Il est probable que l'ordinaire, lorsqu'il avait reçu concession de l'*administratio peculii*, pouvait transiger avec la victime avant le commencement des poursuites. Bien entendu, la transaction n'était valable que si elle était utile (V. en ce sens Erman, *op. cit.*, p. 491, qui invoque l'analogie du fr. 52, § 26 D. 47-2).

(23) Africain, au fr. 16 pr. D. 33-8.

vicarii nomine de peculio ordinarii aurait constitué une monstruosité à l'époque classique. C'est pourtant une action de cette sorte que Paul est, dans la compilation, censé donner contre le maître d'un *ordinarius exercitor* en raison des délits des sous-esclaves employés sur ses navires.

« *Si servus tuus*, lisons-nous au fr. 19, § 2, D. 9-4 de Paul, *navem exercuerit ejusque vicarius et idem nauta in eadem nave navem damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic vicarius servus ejus esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris...* ». L'expression inusitée *ad noxam dedere* provient, sans doute, de la fausse interprétation par un scribe de l'abréviation *A. N.* de *aut noxæ* (24). Ce texte n'est pas en contradiction absolue avec les fragments cités de Pomponius et d'Africain (25). Car, dans ces deux textes, il est question d'une manière générale des actions nées des délits du *vicarius*. Ici, il est question d'un cas particulier, celui où un délit est commis sur un navire par un *vicarius* du *servus exercitor*. Et, nous verrons que lorsque l'employé coupable du *servus exercitor* était, non un *ser-*

(24) V. Erman, *op. cit.*, p. 492 — également en faveur de la substitution de *aut noxæ* à *ad noxam* : Keller, Mommsen ad h. l. et Bonfante (cité par M. Biondi, *Annali Palermo*, t. 10 (1925), p. 146, n. 1). Peut-être faut-il lire *aut noxam* avec M. Biondi, *op. cit.*, p. 150; en effet, la phrase : *ut... damneris* appartient aux compilateurs et ceux-ci se servaient souvent de l'expression : *noxam dedere*.

La Glose ad h. l. et Cujas (*Opera*, t. 5, 325), qui s'en tenaient à la lecture *ad noxam*, interprétaient de la façon suivante la pensée du jurisconsulte. Paul n'aurait songé ici qu'à une action noxale pure et simple; dans la phrase *ut damneris*, il aurait voulu nous dire que le maître serait condamné à faire l'abandon noxal du vicaire enlevé au pécule de l'ordinaire.

(25) V. Buckland, t. R. L. of Slavery, p. 248, qui met d'ailleurs en doute l'authenticité de ce texte.

vus peculiaris, mais un mercenaire libéré, on donnait contre le maître, *de peculio ordinarii*, l'action prévue dans l'édit *adversus nautas* ⁽²⁶⁾. Mais, dans notre texte, la phrase *ut... damneris* est interpolée ⁽²⁷⁾. L'interpolation, maintenant reconnue d'une manière générale, n'a plus besoin de démonstration. Paul disait simplement au maître du *servus exercitor* : « *perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic vicarius servus ejus esset* ». L'action donnée en pareil cas était une action noxale. C'est donc une action noxale pure et simple que Paul donnait contre le *dominus, nomine vicarii* ⁽²⁸⁾. Les compilateurs, au contraire, dans des passages dont l'interpolation est évidente ont fondu ensemble, dans certains cas, l'action *de peculio* et l'action noxale ⁽²⁹⁾. Ils ont opéré ici une fusion semblable et interpolé en ce sens le texte de Paul.

IV. — L'ordinaire pouvait concéder un pécule au vicaire ⁽³⁰⁾. Il pouvait faire ademption du pécule du vicaire ou concéder à ce dernier l'*administratio peculii*, s'il la possédait lui-même ⁽³¹⁾.

En principe, l'ordinaire avait la surveillance et la direction de ses vicaires et ceux-ci lui devaient obéissance. Déjà à l'époque de Plaute, on admettait cette soumission du vicaire à l'ordinaire ⁽³²⁾. A l'époque

(26) V. *infra*, p. 686 suiv.

(27) V. en ce sens Biondi, *op. cit.*, p. 146 suiv. et 259; Beseler, Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 112 (cf. Beiträge, t. 3, p. 9); Lenel, Ed. Perp., p. 159, n. 14; 206; 266 M. Erman, *op. cit.*, p. 492, considérait ce texte comme classique et croyait que Paul s'était laissé tromper par l'analogie des autres actions doublement adjectives.

(28) V. en ce sens Biondi, *op. cit.*, p. 148, i. f., p. 149.

(29) V. *infra*, p. 686 suiv.; 698 suiv.

(30) Fr. 6 D. 15-1, cf. fr. 4, § 6 h. t.

(31) Cf. Erman, *op. cit.*, p. 477.

(32) Persa, 2, 4, 2; v. Erman, *op. cit.*, p. 456, n. 1.

classique, elle est juridiquement reconnue par la responsabilité qui pèse sur l'ordinaire du chef de ses *vicarii*. Non seulement, l'ordinaire supporte, dans une certaine mesure, les conséquences pécuniaires des actes de ses *vicarii*, mais une action noxale pouvait encore être donnée de son chef, lorsqu'il avait laissé commettre le délit à sa connaissance, alors même qu'il ne l'avait pas commandé (33). Cette responsabilité de l'ordinaire du chef du vicaire implique que le premier a le pouvoir de se faire obéir par le second (34).

V. — Ce *quasi-dominium*, cette *quasi-potestas* servirent souvent à masquer de véritables rapports familiaux (35).

Le vicaire n'était pas toujours l'esclave de l'ordinaire, il en était quelquefois le conjoint ou le fils.

L'institution du pécule n'a pas eu seulement pour résultat de faire reconnaître aux *subjecti* une sorte de capacité patrimoniale, elle a permis d'atténuer dans une certaine mesure le principe : *ad leges serviles cognitiones non pertinent*.

Sans doute, indépendamment du vicariat, les esclaves

(33) Fr. 19, § 2 D. 9-4.

(34) Mais bien entendu ce devoir d'obéissance du vicaire cessait lorsque l'ordinaire lui commandait une chose contraire à l'intérêt du maître ou défendue par ce dernier.

L'ordinaire avait sur le vicaire un certain pouvoir de coercition, que M. Erman (*l. c.*), croit limité à la *modica castigatio*. En réalité, le pouvoir de coercition de l'ordinaire n'était pas juridiquement plus restreint que celui du maître, puisque l'ordinaire pouvait détruire et, à plus forte raison, diminuer la valeur des *res peculiares* par des actes matériels, sans qu'il y ait là matière à déduction au profit du maître.

Les *fili familias* qui possédaient sur leurs *servi peculiares* la même *quasi-potestas* que les ordinaires sur leurs vicaires, pouvaient, en outre, de leur propre chef, faire la dénonciation du *sénatusconsulte Claudien* (Paul, Sent., 2, 21 a, 5).

(35) V. Erman, *op. cit.*, p. 442 suiv.

ves pouvaient contracter entre eux certaines unions de fait, mais entre le *contubernium* simple et le *contubernium cum vicaria*, il y avait des différences essentielles tenant à ce que le second, à la différence du premier, était consacré par une certaine investiture légale.

Le *contubernium* simple, rare entre esclaves soumis à des maîtres différents ⁽³⁶⁾, était fréquent entre co-esclaves. Il était souvent encouragé par le maître lui-même, qui y trouvait son bénéfice ⁽³⁷⁾. Mais précisément, c'était le maître qui choisissait la *contubernalis* de son esclave, il pouvait la lui imposer et la reprendre quand il lui plaisait ⁽³⁸⁾. Comme le remarque M. Erman ⁽³⁹⁾, la *dura separatio* n'a été vraiment interdite qu'au sixième siècle de l'ère chrétienne ⁽⁴⁰⁾. Sans doute, Scaevola et Ulpien avaient cherché à la rendre moins fréquente en établissant des présomptions de volonté ⁽⁴¹⁾; et Constantin défendit à ses fonctionnaires de diviser les familles de ses esclaves au moment de la location emphytéotique des fonds impériaux ⁽⁴²⁾. Mais la mesure de faveur prise par Constantin n'avait pas une portée générale, et les présomp-

(36) Les Romains voyaient avec défaveur le mariage extra domestique de leurs esclaves (Tertullien *ad uxorem*, 2, 8) et le sénatusconsulte Claudien entravait considérablement l'union des esclaves avec des femmes libres.

(37) Les économistes conseillent aux maîtres de favoriser les unions de leurs esclaves (Varron, 1, 17, 5; 2, 10, 6, 9).

(38) L'usage de donner aux esclaves une *contubernalis* est suivi chez les Grecs (Odyssée, 14, 633) et il est ancien à Rome (Plaute, *Casina*, 3, 3, 36; Caton, C. A. 143; Varron, R. R. 1, 17, 5; 2; 10, 6; Columelle, R. R., 1, 8, 5; C. I. L., t. 3, n° 5616; fr. 32 D. 20-1).

(39) *Op. cit.*, p. 444, n. 1.

(40) Cf. c. 11, C. 3-38.

(41) V. fr. 35 D. 21-1; 41 §§ 2, 5 D. 32; 12 §§ 7, 33 D. 33-7, cf. 27, § 1 h. t.

(42) C. 1, C. Th. 2, 25; cf. Erman, *l. c.*

tions édictées par Scaevola et par Ulpien tombaient devant la volonté expresse du maître.

Si, en fait, l'esclave devait avoir une certaine autorité sur la *contubernalis simple* ⁽⁴³⁾ et sur ses enfants, son pouvoir était ignoré de la loi.

Le *contubernium cum vicaria* assurait une plus grande fixité aux rapports entre esclaves, et, grâce à la *quasi-potestas* que la jurisprudence reconnaissait à l'ordinaire sur ses vicaires, l'autorité maritale ou paternelle de l'esclave revêtait un caractère juridique.

Le maître, il est vrai, pouvait reprendre la *vicaria contubernalis*, de même que tout objet appartenant au pécule de son esclave. Mais, par le fait même que les rapports entre esclaves revêtaient un caractère patrimonial, ils étaient assurés d'un plus grand respect de la part du maître ⁽⁴⁴⁾. Il était, en effet, en usage chez les maîtres de ne jamais retirer le pécule.

L'ordinaire choisissait librement sa *vicaria contubernalis* qu'il acquérait le plus souvent avec les deniers qu'il avait économisés. Après l'affranchissement, il gardait sa *vicaria* et ses enfants, en raison même de la présomption de donation qui portait sur toutes les *res peculiares corporales*.

Le *contubernium cum vicaria*, si avantageux pour l'ordinaire, était fréquent. Il en est fait souvent mention ou allusion dans les inscriptions. Mais il faut dis-

(43) Erman, *op. cit.*, p. 443, n. 1.

(44) « Car, dit M. Erman (*op. cit.*, p. 443), les Romains ont toujours eu plus de respect pour le pécule de l'esclave que pour sa famille. On lui reconnaissait des intérêts, mais on ne se souciait guère de ses sentiments. »

tinguer, avec M. Erman, deux catégories parmi ces unions *cum vicariis* ⁽⁴⁵⁾. L'union revêtait, tantôt le caractère d'un mariage véritable, tantôt celui d'un simple concubinat. L'ordinaire ne pouvait-il pas donner à son union la forme qui lui plaisait ?

La *quasi-potestas* de l'ordinaire peut être considérée en cas de *contubernia cum vicariis*, comme un droit de puissance maritale analogue à la *manus*. Celle-ci n'était-elle pas, à l'origine, le droit rigoureux et absolu d'un véritable propriétaire ? Seulement cette puissance maritale n'est reconnue qu'indirectement et grâce à l'institution du pécule. Aussi l'ordinaire peut-il être une femme et son conjoint son vicaire ; c'est alors l'épouse qui a toute autorité.

Lorsque la *contubernalis* était une *vicaria*, ses enfants faisaient partie du pécule de l'ordinaire. Ils se trouvaient ainsi soumis à la *quasi-potestas* de ce dernier, qui revêtait à leur égard les caractères d'une quasi-puissance paternelle.

L'ordinaire pouvait, en fait, adopter ses *vicarii*. Cela avait lieu ordinairement pour les enfants esclaves abandonnés que l'ordinaire avait recueillis et élevés. Ceux-ci prennent dans les inscriptions les noms de *Trophimi* ou *Alumni*.

L'enfant constituant une *res peculiaris*, l'ordinaire pouvait l'aliéner librement s'il avait l'*administratio*, et, indépendamment de cela, les vendre à des co-esclaves. Les aliénations de cette sorte devaient avoir ordinairement pour but de réaliser des mariages qui

(45) *Op. cit.*, p. 445, note 4.

faisaient passer la *filia* de la quasi-puissance de son *pater* sous celle de son mari.

Ces différents aspects que prend le pouvoir de l'ordinaire sur ses *vicarii*, c'est l'ordinaire lui-même qui les lui donne à sa guise. Juridiquement, le droit de l'ordinaire sur ses *vicarii* ou du *filius* sur ses *servi peculiares* est une copie du droit du *paterfamilias*. Ce dernier est le *dominus* du vicaire ou *servus peculiaris*, l'ordinaire ou le *filius* en est le *quasi-dominus*. Cette qualité, c'est la jurisprudence classique elle-même qui l'a conférée implicitement à ces individus, en leur reconnaissant une capacité juridique propre, relativement à leur pécule.

CHAPITRE III

Des droits personnels, éléments actifs ou passifs du pécule

Des rapports du *subjectus* avec les tiers pouvaient naître, à la charge du pécule, des dettes ou, à son profit, des créances. Il pouvait également résulter des rapports que le *subjectus* avait avec son *paterfamilias* ou d'autres personnes soumises à la même puissance que lui, des articles de déduction ou d'imputation à la charge ou au bénéfice du pécule. Le *subjectus* était-il lui-même investi, dans une certaine mesure, de ces créances et dettes vis-à-vis des tiers; pouvait-il devenir créancier ou débiteur de son *paterfamilias* ou d'autres personnes de la *domus* ?

Nous savons qu'en vertu des principes généraux, aucune obligation ne pouvait naître entre membres d'une même *domus*, que les esclaves étaient frappés d'une incapacité juridique absolue, enfin, que, si, à l'époque classique, les fils de famille pouvaient s'obliger envers les tiers comme des *sui juris*, les créances qu'ils acquéraient investissaient immédiatement et nécessairement leur *paterfamilias*.

Mais toutes ces règles ne sont-elles pas écartées lorsqu'on se place, non plus au point de vue du *jus civile*, mais à celui de ce droit idéal, dicté par la nature : le *jus naturale* ? C'est, en effet, dans la matière des obligations que cette conception d'un droit naturel semble avoir produit ses principales conséquences : elle a conduit les jurisconsultes à la notion d'*obligatio naturalis*.

Etant donné que *jure naturali* les hommes sont égaux, on peut se demander si le *subjectus* ne devenait pas toujours débiteur ou créancier, au moins naturellement, dans les cas où un *sui juris* deviendrait créancier ou débiteur *ex jure civili* ?

Enfin, comment, et dans quelle mesure, les règles, soit du *jus civile*, soit du *jus naturale*, étaient-elles appliquées en matière de pécule ?

Nous devons tout d'abord rechercher à quelle époque s'est formée cette notion d'*obligatio naturalis*, car c'est là un point controversé actuellement.

§ I. — L'ORIGINE CLASSIQUE DE LA NOTION D' « OBLIGATIO NATURALIS »

I. Origine classique ou byzantine de la division tripartite du *jus*. A. Intérêt de la question relativement à la date de formation de la notion d'obligation naturelle. B. Théories diverses des auteurs. C. La division tripartite du *jus* à l'époque byzantine. D. La division tripartite du *jus* à l'époque classique. E. Influence des doctrines philosophiques sur la formation de l'idée de droit naturel. — L'esclavage au point de vue du *jus naturale*. — II. Le *jus naturale*, domaine de l'*obligatio naturalis* (*tantum servi filii*). — Significations diverses des expressions *obligatio civilis* et *obligatio naturalis*. — III. Inadmissibilité de la théorie selon laquelle les jurisconsultes classiques auraient distingué le *debitum* et l'*obligatio*, les obliga-

tions naturelles des esclaves et des fils étant pour eux des *debita sine obligatione*. — Sens identique à l'époque classique des mots *debitum* et *obligatio*. Les *obligationes naturales* ou *naturalia debita* ne sont qu'improprement des obligations. — IV. Le § 119a du Commentaire 3 de Gaius fournit la preuve de la reconnaissance, à l'époque classique, d'*obligationes naturales* (directement de celles des esclaves, indirectement de celles des *fili*i). — V. Précisions sur l'*obligatio naturalis servi filii*. — Elle fut reconnue seulement au cours de l'époque classique. L'existence du pécule ne conditionne pas la faculté pour les *subjecti* de s'obliger ou d'obliger naturellement.

L'*obligatio naturalis* occupe une place importante dans la Compilation justinienne : son domaine d'application semble assez vaste. Il est également question au Digeste d'un *jus naturale* qui apparaît comme la source de cette sorte d'obligation. Mais l'étude critique des textes a conduit les auteurs à limiter de plus en plus l'importance de la notion d'*obligatio naturalis* en droit classique. On a soutenu que celle-ci ne jouait qu'à l'égard des esclaves et fils de famille (1), même simplement des premiers (2). On ne s'en est même pas tenu là et l'on a contesté jusqu'à l'origine classique de cette notion (3).

I. — A. — Entre autres arguments on a invoqué en ce dernier sens l'inexistence à l'époque classique d'un *jus naturale*, distinct à la fois du *jus gentium* et du *jus*

(1) V. les auteurs cités par M. Pringsheim, Z. S. S. f. R., t. 46, 1926, p. 350-351.

(2) Perozzi, Istituzioni (première édition), t. 2, p. 26; (2^e édition), t. 2, p. 45, n. 1; Interpretazione di Gai III, 119 a, dans Studi Bonfante, t. 1, p. 71 suiv.; v. en sens contraire Levy, Z. S. S. f. R., t. 51 (1931), p. 554-555.

(3) Siber, Naturalis obligatio, Gedankenschrift für Ludwig Meißner, Leipzig, 1926, p. 1 suiv.; Pacchioni, L' « Obligatio Naturalis » nel diritto romano classico e nel diritto attuale. V. en sens contraire : Pringsheim, Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 350 suiv.; Beseler, Romanitische Studien, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t. 8, 1928, p. 318 suiv.; Juristische Miniaturen, p. 14 suiv.; J. Vazny, Naturalis obligatio, studi Bonfante, t. 4, p. 129 suiv.; Lenel, Afrikans Quästionen, Z. S. S. f. R., t. 51 (1931), p. 52, n. 5.

civile (4). Ce ne serait pas là, à la vérité, une raison, à elle seule suffisante, de croire que les jurisconsultes classiques n'ont pas connu l'*obligatio naturalis* (5). Par les mots *obligatio naturalis*, les jurisconsultes auraient pu désigner un pure rapport de fait (6), de même qu'ils n'entendaient par l'expression *possessio naturalis* que la possession de fait (7). Nous ne croyons pas toutefois, qu'il en ait été ainsi. La notion d'obligation simplement naturelle apparaît, dans les sources, comme étroitement liée à la conception d'un droit dicté par la nature, distinct du *jus civile* et du *jus gentium* et où tous les hommes sont égaux. Et, ce rapport qui fait de l'*obligatio naturalis* une institution du *jus naturale*, ce ne sont pas, semble-t-il, les Byzantins qui l'ont conçu les premiers. La division tripartite du droit en *jus civile*, *gentium* et *naturale* fut admise par les classiques (au moins à partir d'une certaine époque) et par les Byzantins.

B. — Au début de ce siècle, on admettait, en général, sur la foi de plusieurs textes, que, sinon tous les jurisconsultes classiques, du moins quelques-uns d'entre eux, avaient admis cette classification tripartite du *jus* (8). Mais, depuis les objections que M. Perozzi (9)

4) V. Siber, *op. cit.*, p. 4 suiv.

5) Les notions d'*obligatio naturalis* et de *jus naturale* sont considérées comme étant sans rapport entre elles par M. Perozzi *loc. cit.* première édition, t. 2, p. 25; deuxième édition, t. 2, p. 35 suiv.

6) En ce sens Betti, *Corso di Istituzioni*, t. 1, p. 173. C'est à tort que M. Betti invoque le fr. 41 D. 15-1 d'Ulpien, car ce jurisconsulte ne donne pas ici une définition de l'*obligatio naturalis* (sermo Vozny, *op. cit.*, p. 138).

7) M. chapitre précédent, paragraphe 1, section 2, numéro 1.

8) V. notamment Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, p. 14 suiv.

9) *loc. cit.* première édition, t. 1, p. 66, n. 1; p. 73, n. 3, deuxième édition, t. 1, p. 91 n. 2 et 100 n. 3.

à faites à cette théorie, des thèses diverses se sont opposées. Un certain nombre d'auteurs, adoptant les vues de M. Perozzi, imputent aux Byzantins cette division tripartite du droit ⁽¹⁰⁾. Pour eux, les Classiques n'auraient connu que le *jus gentium* et le *jus civile*, les expressions *jus naturale* et *jus gentium* étant alors synonymes. Quant aux textes du digeste où le *jus naturale* semble ne pas se confondre avec le *jus gentium*, ils ne nous révéleraient pas fidèlement la pensée classique. D'autres auteurs estiment classique cette division tripartite du *jus* et pensent que les Byzantins ont été les premiers à confondre *jus gentium* et *jus naturale* ⁽¹¹⁾.

A notre avis, les conceptions des Byzantins et celles des Classiques ne sont pas opposées en cette matière. Byzantins et Classiques (au moins à partir d'une certaine époque) distinguaient le *jus civile* d'une part, le *jus gentium* et le *jus naturale* de l'autre, tandis que, dans leur esprit, droit naturel et droit des gens, sans

(10) V. en ce sens Mitteis, R. P., p. 63; Castelli, Scritti Giuridici, a cura di Emilio Albertario, p. 199; Arangio, Ruiz, Istituz., t. 2, p. 15; Siber, *op. cit.*, p. 5 suiv.; Albertario, Sul concetto di *jus naturale*, Rendiconti Lombardo, t. 57, 1927, p. 168 suiv.; Cf. Betti, Corso, t. 1, p. 16-17.

(11) V. en ce sens Longo, *Note critiche a proposito della trichotomia jus naturale gentium civile* dans Rendiconti Lombardo, t. 40, p. 632-640; Pringsheim, Z. S. S. f. R., t. 46 (1926), p. 352 suiv. Cf. Beseler, Romanistische Studien, dans Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t. 8 (1928), p. 318 suiv. La reconnaissance, dès l'époque classique, de ces trois catégories de droits est également admise par Girard, Manuel, p. 2 suiv., et par M. Senn, De la justice et du droit. — Explication de la définition traditionnelle de la justice suivie d'une étude sur la distinction du *jus naturale* et du *jus gentium*. V. également le compte rendu de M. Boyer sur l'ouvrage de Bill, La morale et la loi dans la philosophie antique, R. H. de droit, 1930, p. 526; Cf. encore Kniep selon Fehr et Fehr, Z. S. S. f. R., t. 32, 1911, p. 391, n. 1. Selon M. Boyer (*op. cit.*, p. 530), ce serait sous l'influence d'Aristote que certains jurisconsultes romains auraient confondu parfois le droit naturel et le *jus gentium*.

se confondre, s'interpénétraient assez profondément.

C. — Tout d'abord, quelles conceptions les Byzantins et plus spécialement Justinien se faisaient-ils du *jus naturale* ?

Justinien semble employer comme synonymes les expressions *jus gentium* et *jus naturale*. Nous lisons, en effet, au § 41, Inst. 2, 1 : « ...*jure gentium, id est jure naturali...* » et au § 11, Inst. 2, 1 : « ...*jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium...* » (12). En outre, la définition que Justinien nous donne des *jura naturalia* est assez large pour qu'on puisse faire entrer dans ceux-ci une grosse partie du *jus gentium* : « *Sed jura quidem naturalia, nous dit Justinien (13), quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent* ». Les *jura naturalia* sont des règles immuables communes à tous les hommes et dictées à eux par la divine providence. La plus grande analogie existe entre cette définition des *jura naturalia* et celle que Justinien nous donne du *jus gen-*

(12) Ces textes ont embarrassé quelque peu les auteurs qui attribuent aux Byzantins la division tripartite du *jus*. Cf. Arangio, Ruiz selon Albertario et Albertario, *op. cit.*, p. 175, n. 1; tandis qu'ils sont invoqués comme des arguments décisifs par des auteurs qui pensent que Justinien a, le premier, confondu *jus gentium* et *jus naturale* (ainsi par MM. Longo et Pringsheim).

M. Albertario explique la chose ainsi : « *La cosa più facile a pensare e che si tratte di avvertenze fatte dai bizantini che preferiscono richiamare al jus naturale anzichè al jus gentium tutte le norme di questo che con quello non siano contrastante* ». Les Byzantins semblent, en effet, préférer l'expression *jus naturale* à celle de *jus gentium*; mais, il n'en demeure pas moins que, pour eux, le *jus gentium* et le *jus naturale* se confondent en principe. Nous trouvons encore cette confusion (confusion d'ailleurs non complète) des *jura gentium* et *naturale* au § 1 du Fragment dit de Dosithée, texte que M. Albertario (*op. cit.* p. 173) invoque pour repousser la division tripartite du *jus* à l'époque classique, mais qui peut se rattacher déjà au droit byzantin (en ce sens Pringsheim, *l. c.*).

(13) § 11, Inst. 1, 2.

tium ⁽¹⁴⁾ : « *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* ». Mais la *naturalis ratio* n'est pas la *divina providentia*. Justinien, en réalité, n'assimilait pas complètement *jus gentium* et *jus naturale*. Il nous dit, d'ailleurs en copiant un passage d'Ulpien ⁽¹⁵⁾ : « *dicendum est igitur de jure privato quod tripertitum est: collectum est enim ex naturalibus præceptis aut gentium aut civilibus* ». L'empereur oppose, en outre, dans les termes suivants, *jus gentium* et *jus naturale* ⁽¹⁶⁾ : « *Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanæ quædam sibi constituerunt ; bella etenim orta sunt et captivitates secutæ, quæ sunt juri naturali contrariæ. Jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur* ». Certaines règles du *jus gentium* se trouvent donc contraires aux préceptes du droit naturel ⁽¹⁷⁾. Exception faite de ces règles, droit naturel et droit des gens se confondent.

Mais, pour désigner l'ensemble des règles communes au droit des gens et au droit naturel, les Byzantins semblaient se servir de préférence de l'expression *jus naturale*. A l'époque classique, on entendait par *jus gentium* : 1° l'ensemble des règles qui, à Rome, s'ap-

(14) § 1, Inst. 1-2.

(15) § 4, Inst. 1-1 Cf. fr. 1, § 3 D. 1-1.

(16) § 2, Inst. 1-2.

(17) Pour les Byzantins, et, nous le verrons, également pour les Classiques, il n'y a pas une confusion complète et absolue entre le *jus gentium* et le *jus naturale*. Au § 1 du Fragment dit de Dosithée, ces deux droits ne sont pas complètement ramenés l'un à l'autre si on adopte la reconstruction de Lachman ou celle de Girard (*Naturale dicitur etiam jus gentium*). V. Girard, Textes, p. 505-506.

pliquaient à tous, même aux non citoyens; 2° l'ensemble des règles juridiques communes à toutes les nations. Ces deux significations étaient d'ailleurs étroitement liées, car le droit des non citoyens était considéré comme le droit commun à toutes les nations. Pour les Byzantins, le *jus gentium*, en tant que droit des non citoyens, n'a plus d'importance. Etant donné que *jus gentium* signifie seulement droit commun à toutes les nations et que ce droit est, en principe, le *jus naturale*, les Byzantins employaient plus facilement pour le désigner l'expression *jus naturale* ⁽¹⁸⁾, utilisant l'expression *jus gentium* surtout à l'occasion des règles de ce droit commun qui leur semblaient contraires à la morale naturelle ⁽¹⁹⁾.

Donc, au Bas-Empire, droit naturel et droit des gens se confondent, sauf sur quelques points, et, tandis que l'expression *jus naturale* désigne de préférence, parmi les règles communes à tous les hommes, celles qui

(18) Ainsi Justinien, dans plusieurs passages de ses Institutes, remplace l'expression *jus gentium* que nous trouvons dans les textes correspondants des jurisconsultes, par l'expression *jus naturale*. Cf. par exemple : 1 pr. D. 41-1 et § 11 Inst. 2-1 et encore 9, § 3 D. 41-1 et § 41 Inst. 2-1. Cela ne prouve, ni que les Classiques confondaient entièrement *jus gentium* et *jus naturale*, comme le soutient M. Albertario (*op. cit.*, p. 178) ni que les Byzantins ont été les premiers à faire cette assimilation, comme le croit M. Pringsheim (*op. cit.* p. 353, n. 12). Cela nous montre simplement une légère différence dans le langage usuel à l'une et à l'autre époque.

(19) C'est peut-être pour expliquer plus clairement cette idée que l'esclavage appartient au droit des gens, non au droit naturel, que Justinien emploie au § 17, Inst. 2-1, les mots *jure gentium*, à la place des mots *naturali ratione* dont se servait Gaius, dans le passage correspondant de ses Institutes (§ 69, Comm. 2). Peut-être, comme le soutient M. Albertario (*op. cit.*, p. 178), les mots *jure gentium* sont-ils interpolés au fr. 5, § 7 D. 41-1. Gaius ne voulait pas d'ailleurs nous dire, dans son Commentaire 2, que l'esclavage était conforme au droit naturel. V. *infra*, note 23.

sont équitables, les mots *jus gentium* visent plutôt parmi ces règles celles qui paraissent injustes.

D. — A l'époque classique également, *jus gentium* et *jus naturale* s'interpénétraient profondément, mais sans se confondre d'une manière complète. Ulpien nous présente le *jus gentium* comme la partie du droit naturel spéciale aux hommes ⁽²⁰⁾. Et, dans la définition que Paul nous donne du *jus naturale* on peut comprendre une très grosse partie du *jus gentium* :

(20) Fr. 1, § 3 et 4 D. 1-1 : « § 3) *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit : nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio : videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censer.* — § 4) *Jus gentium est, quo gentes humanæ utuntur. Quod naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit ».*

Le paragraphe 3 cité est, selon M. Perozzi, complètement interpolé (v. Perozzi, Istituz., première édition, t. 1, p. 66, n. 1; deuxième édition, t. 1, p. 91, n. 2, et également Beseler, Beiträge, t. 3, p. 131-143. V. en sens contraire : Longo, *op. cit.*, p. 632 et 633; Girard, Manuel, p. 2 et 3; Senn, De la justice et du droit, p. 66). Selon M. Albertario (*op. cit.* p. 171) il constituerait une glose pré-justinienne.

L'argument que M. Perozzi déduit, en faveur de l'interpolation de ce texte, du fr. 1, § 3 D. 9-1, est repoussé d'une façon décisive par M. Longo (*op. cit.*, p. 633). On a soutenu que la forme des deux paragraphes n'était pas classique (Albertario, *op. cit.*, p. 171; cf. Beseler, Beiträge, t. 3, p. 131-143). Mais aucun des indices de forme signalés nous semble décisif. Contre l'interpolation du paragraphe 3, on peut invoquer, avec M. Longo (*op. cit.*, p. 634 suiv.), le fait que ce paragraphe est reproduit avec quelques retouches insignifiantes, et d'ailleurs maladroites, aux Institutes de Justinien pr. 1-2. En effet, les Compilateurs, au moment de la rédaction des Institutes, ont eu vraisemblablement en mains les Institutes d'Ulpien (Ferrini Fonti delle Istituzioni, Bull. ist. rom. t. 13, p. 104-105) : ils n'ont pas ainsi copié les passages qu'ils ont insérés aux Institutes sur ceux déjà transcrits au Digeste. Une forte présomption existe, dès lors, en faveur de l'authenticité des parties identiques de ces rédactions diverses. L'argument, sans doute, perd sa force si on considère ce texte comme une paraphrase. Mais cette conjecture n'est pas non plus vraisemblable, car les idées émises dans ce texte ont été dégagées longtemps avant Ulpien par les philosophes stoïciens, et ainsi, ne devaient pas être ignorées du jurisconsulte classique (V. Girard, *op. cit.*, p. 3, n. 2 et Senn, ouvrage cité).

« *Jus pluribus modis dicitur*, nous dit Paul ⁽²¹⁾, *uno modo, cum id quod semper æquum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale* » ⁽²²⁾. Gaius emploie quelquefois l'expression *jus naturale* pour désigner le droit des gens ⁽²³⁾. Mais ailleurs, la division tripartite

(21) Fr. 11 D. 1-1.

(22) Selon M. Albertario (*op. cit.* p. 172-173), Paul opposait le *jus gentium* et le *jus civile* et les Compilateurs ont transformé cette opposition en une antithèse entre le *jus civile* et le *jus naturale*, par l'introduction du mot *semper* devant *æquum*. Cette conjecture n'est pas admissible. La conception d'un droit naturel *semper æquum ac bonum* est directement puisée par les juriconsultes classiques dans la philosophie stoïcienne. V. l'ouvrage cité de M. Senn.

(23) V. ainsi §§ 65 et 73 Comm. 2 M. Beseler (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 8 (1928), p. 319-320) pense que Gaius parlait ici du *jus gentium*, non du *jus naturale*, et que ces paragraphes, ainsi que ceux où il est question de la *naturalis ratio*, déformés par des Glossateurs, contiennent l'énoncé d'une doctrine byzantine. Les Byzantins, à la différence des Classiques, auraient fondu *jus gentium* et *jus naturale*; de là, la non authenticité des nombreux textes du Digeste ou paragraphes du Commentaire de Gaius, où la *naturalis ratio* nous est présentée comme étant à la base du *jus gentium*, en général, ou plus spécialement de règles du droit des gens. Mais Justinien, nous le savons, n'assimilait pas complètement *jus gentium* et *jus naturale*, et la théorie de M. Beseler est d'autant moins admissible que l'empereur, au § 17, 2, 1, de ses Institutes, substitue les mots *jus gentium* aux mots *naturalis ratio* que nous trouvons dans le texte correspondant de Gaius (§ 62, Com. 2). Enfin, le § 1 du Fragment dit de Dosithée, ne fait pas non plus une confusion complète entre le *jus gentium* et le *jus naturale*. Sans doute, comme le soutient M. Beseler, les juriconsultes classiques reconnaissaient l'injustice de certaines institutions du *jus gentium*, leur non conformité avec les préceptes du *jus naturale*. Mais, exception faite de ces institutions, *jus gentium* et *jus naturale* se confondaient (V. Senn, *op. cit.*, p. 73 suiv.). Gaius pouvait donc aussi bien employer les termes *jus naturale* que les termes *jus gentium* aux §§ 65 et 73 de son Commentaire 2, alors que les règles, ici énoncées, n'étaient pas manifestement contraires aux préceptes du droit naturel. Quant à la *naturalis ratio*, elle n'est pas, comme semble le croire M. Beseler, la source du *jus naturale*. V. Pringsheim, *op. cit.*, p. 353; de Koschimbahr-Lyskowski, *Naturalis ratio* en droit classique romain (*Studi Bonfante*, t. 3, p. 467 suiv.). La *naturalis ratio*, selon la définition de M. de Koschimbahr-Lyskowski est « le calcul juridique basé sur la nature des choses (*rerum natura*), du rapport donné entre les parties dans la vie sociale humaine ». Cette signification concorde avec le sens étymologique du mot *ratio*. Comme l'indique M. de Koschimbahr-Lyskowski (*op. cit.*, p. 469), *ratio* vient de *reor* « qui signifie faire le compte, faire le calcul ». Etymologiquement, *ratio* signifie donc « le compte, le calcul ». « L'expression *naturalis ratio*, dit M. de Koschimbahr-Lyskowski (*op. cit.* p. 470), signifie le calcul naturel, c'est-à-dire le calcul

est nettement exposée. « *Privatum jus*, dit Ulpien ⁽²⁴⁾, *tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus* ». Le même jurisconsulte nous dit encore ⁽²⁵⁾ : « *Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei <s> servit: itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficitur* ».

Ces affirmations, en apparences contraires, ont suscité les thèses diverses qui se sont opposées récemment. Devons-nous réellement supposer que les Compilateurs ont été les premiers à distinguer *jus gentium* et *jus naturale* et qu'ils ont notamment retouché les deux textes cités d'Ulpien ? L'authenticité du premier texte, dont la rédaction est parfaitement correcte, ne nous semble pas douteuse ⁽²⁶⁾. Le second prête d'ailleurs le flanc à la critique ⁽²⁷⁾; on y relève, en effet,

qui tient compte de la nature, qui déduit le principe juridique sur la base de la nature des choses (*rerum natura*) du rapport donné entre les parties ». La *naturalis ratio* c'est le calcul qui permet de déduire le principe juridique en considération de ce qui est possible ou existe en fait. Les lois physiques étant les mêmes partout, on comprend que la *naturalis ratio* nous soit présentée comme la source du *jus quo omnes gentes utuntur*. Mais le principe déduit *naturali ratione* n'appartient pas nécessairement au *jus naturale*, car les faits d'où l'on déduit la règle juridique peuvent être une violation des préceptes du droit naturel. Gaius peut ainsi nous dire au § 69 de son Commentaire 2 : « *Ea quæ ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt* », bien que l'esclavage soit condamné par le droit naturel. La règle énoncée par le juriste est basée sur le fait de la captivité à la guerre : il est déduit *naturali ratione*. Mais le fait d'où l'on déduit le principe est une violation des préceptes du *jus naturale*.

(24) Fr. 1, § 2 D. 1-1 cf. § 4 Inst., 1-1.

(25) Fr. 6 pr. D. 1-1.

(26) L'interpolation en a été soutenue cependant par M. Peruzzi, Istituz., première édition, t. 1, p. 66, n. 1; deuxième édition, t. 1, p. 91, n. 2. (En sens contraire, Longo, *op. cit.*, p. 634 suiv. En faveur de l'authenticité de ce texte comme de celle du fr. 1, § 3 h. t. M. Longo signale la presque identité du passage correspondant des Institutes, § 4, 2-1).

(27) Contre l'authenticité de ce texte v. : Peruzzi, *l. c.*; Beseler, Beiträge, t. 3, p. 148; Albertario, *op. cit.*, p. 171; en sens contraire : Longo, *op. cit.*, p. 633-634.

« *ei* » au lieu de « *eis* » ⁽²⁸⁾. Mais, comme M. Longo ⁽²⁹⁾ l'a démontré avec d'excellents arguments, ce n'est là qu'une simple faute de copie, faute d'ailleurs bien facile à commettre, reconnaissons-le.

Les contradictions apparentes que l'on peut relever entre les différents textes classiques relatifs à la matière qui nous occupe, s'expliquent même si on admet l'authenticité des uns et des autres de ces fragments. Les mêmes contradictions apparentes n'existent-elles pas dans les Institutes de Justinien ?

Pour les Classiques, comme pour les Byzantins, *jus gentium* et *jus naturale* se ramenaient l'un à l'autre, sauf sur certains points spéciaux.

E. — Il est certain que les jurisconsultes classiques, qui étaient des lettrés, ont connu les doctrines des penseurs grecs et latins, touchant l'existence d'un droit naturel immuable, commun à tous les hommes ⁽³⁰⁾.

(28) Les autres indices d'interpolation que l'on a cru trouver dans ce texte, sont beaucoup moins importants : *neque-nec; a naturali vel gentium; recedit; id est; in totum; per omnia* : tous ces mots ou expressions n'appartiennent pas uniquement au vocabulaire byzantin. L'antithèse *jus commune, jus gentium*, suspecte pour M. Albertario, ne nous semble pas choquante.

(29) Tandis que M. Albertario (*l. c.*) croit le fr. 6 complètement interpolé, M. Perozzi pense que les compilateurs ont ajouté les mots *itaque etc.* et introduit dans la première partie du texte *naturali vel*, sans songer à transformer le *ei* en *iis*. M. Perozzi rapproche cette prétendue interpolation de celle du fr. 8, § 3 D. 13-7. Mais, si, pour ce qui est du fr. 8, § 3, on ne peut pas songer à une erreur de copie (*id* à la place de *eam*), il vient au contraire naturellement à l'esprit que, dans la rédaction du fr. 6 pr., *eis* a été transformé par étourderie en *ei*. Le pluriel se trouve dans la loi correspondante des Basiliques. V. Longo, *l. c.*

(30) D'excellentes analyses de ces doctrines ont été déjà données. V. principalement en cette matière : F. Senn, ouvrage cité; A. Bill, la Morale et la loi dans la philosophie antique (Études d'histoire et de philosophie religieuse, publiées par la Faculté de théologie protestante de l'Université de Strasbourg, n° 18). Paris, Alcan, 1928; et sur ce dernier ouvrage, le compte rendu de M. Boyer dans R. H. de droit, 1930, p. 526-531. V. également Huvelin, Cours élémentaire de droit romain, t. 2, p. 249-250.

Qu'ils aient adopté cette manière de voir, on devrait l'admettre, même s'il était prouvé que, pour eux, *jus gentium* et *jus naturale* se confondaient complètement. L'expression *jus gentium* ne signifiait pas, en effet, dans son acception première, droit commun à tous les hommes ou à tous les peuples (*jus quo omnes gentes utuntur*). Par là, on désigna, tout d'abord, l'ensemble des règles qui, à Rome, ne s'appliquaient pas uniquement aux citoyens ⁽³¹⁾. Lorsqu'on eut admis l'existence d'un droit naturel immuable, commun à tous les hommes, on dut penser que ce droit n'était autre que le *jus gentium*. Le droit qui s'appliquait à tous les hommes libres (citoyens et non citoyens) était emprunté aux législations des peuples voisins et ne revêtait pas le caractère original du *jus civile*. En outre, les règles du *jus gentium* n'étaient pas l'objet de transformations sensibles. Le droit des gens semblait à la fois commun à toutes les nations et stable. N'étaient-ce pas les deux traits caractéristiques du *jus naturale* ?

Mais la philosophie, qui enseignait aux jurisconsultes l'existence d'un droit naturel, leur montrait également l'iniquité de certaines règles du droit des gens. L'institution de l'esclavage élevait un grave conflit entre le *jus gentium* et le *jus naturale*. Cette institution, bien que reconnue par toutes les nations, ne pou-

(31) V. Accarias, Précis, t. 1, p. 17; Girard, Manuel, p. 2 et 3, et les auteurs cités dans cet ouvrage. C'est encore avec cette signification que Gaius emploie cette expression au § 93 de son Comm. 3. (Cf. § 55, Comm. 1 et § 65 Comm. 2 où l'expression semble employée avec ses deux sens. V. toutefois, en sens contraire, Accarias, (l. c.).

vait pas entrer dans le domaine du droit naturel, de ce *jus semper æquum ac bonum*.

Les Stoïciens grecs déjà avaient formulé le principe de l'égalité des hommes devant le droit de la nature. La doctrine plus humaine de Sénèque dégageait mieux encore ce principe ⁽³²⁾. Le monde, nous dit Sénèque, est le père de tous ⁽³³⁾; les hommes ont la même origine, ils sont formés des mêmes essences, soumis aux mêmes lois naturelles ⁽³⁴⁾; maître et esclaves sont les uns pour les autres des *contubernales*, même des co-esclaves, la fortune étant leur maîtresse commune ⁽³⁵⁾. Pour condamner les actes de cruauté envers les esclaves, Sénèque proclame ce principe « qu'il y a dans l'homme une limite posée par le droit commun des êtres doués de vie » ⁽³⁶⁾.

Cette philosophie élevée devait-elle demeurer stérile, n'exercer aucune influence sur l'élite de la société romaine ?

La liberté et l'égalité naturelles de tous les hommes sont affirmées par plusieurs jurisconsultes classiques. Ulpien nous enseigne que, *jure naturali*, les hommes naissent libres ⁽³⁷⁾, ou encore, que, pour ce qui est du

(32) V. Wallon, Histoire de l'esclavage, t. 3, p. 20 suiv. Cette idée était également admise par Cicéron. (V. Beseler, Juristische Miniaturen, p. 15).

(33) De benef. 3, 28.

(34) Ep. 47, 8.

(35) Epist. 47, 1.

(36) Wallon, *op cit.*, t. 3, p. 26. Sénèque, de Clem. 1, 18.

(37) Fr. 4 D. 1-1 (Ulpian. *lib. 1 institutionum*) : « *Manumissiones quoque juris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis : nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit, utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita : sed postea quam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno natu-*

jus naturale, tous les hommes sont égaux ⁽³⁸⁾. Triphoninus de même nous dit que « *libertas naturali jure continetur* » ⁽³⁹⁾.

L'esclavage étant une institution du *jus gentium*, droit naturel et droit des gens s'opposaient en cette matière ⁽⁴⁰⁾, et la contradiction est nettement souli-

rali nomine homines appellaremur, jure gentium tria genera esse coeperunt : liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi. » MM. Perozzi, Istituz., première édition, t. 1, p. 73, n. 3; deuxième édition, t. 1, p. 100, n. 3, et Albertario, *op cit.*, p. 176, ont soutenu l'interpolation de ce texte depuis *Quæ res*. (V. dans le même sens Siber, *op cit.*, p. 5). L'authenticité de ce passage est, au contraire, défendue par M. Longo, *op cit.*, p. 637 (sauf en ce qui concerne les mots : *id est hi*) Comme le signale M. Longo, la presque identité de notre texte avec le pr. des Institutes de Justinien 1, 5 élève en faveur de son authenticité une très forte présomption. Aux arguments invoqués par M. Perozzi et déjà réfutés par M. Longo, M. Albertario (*l. c.*) ajoute plusieurs indices d'interpolation qu'il croit relever dans le style du texte : les mots *invasit, posteaquam, homines appellaremur*, les expressions *beneficium manumissionis*; et *his contrarium*. Seuls, à notre avis, le verbe *invasit* et l'expression *his contrarium* sont suspects; mais ils n'est pas certain qu'Ulpien ne s'en soit pas servi.

V. encore le fr. 2 D. 40-11 de Marcien (peut être interpolé, cf. Albertario, *op cit.*, p. 177).

(38) Fr. 32 D. 50-17 (Ulpian. *lib. 43, ad Sab.*) : « *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur : non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt* ». Ce texte est considéré comme interpolé par MM. Perozzi, *l. c.*; Albertario, *op. cit.*, p. 176, et Siber, *op. cit.*, p. 5. Nous écarterons plus loin le seul argument que l'on ait fait valoir en faveur de l'interpolation, à savoir l'origine byzantine de la doctrine ici exposée.

(39) Fr. 64 D. 12-6 (Triphoninus *lib. 7 disp.*) : « *Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum : ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est.* »

(40) Selon M. Vermond (*De jure rerum corporalium privatorum*, t. 1, p. 72), aussi bien à l'époque classique qu'à l'époque byzantine, *jus gentium* et *jus naturale* se seraient confondus complètement. L'esclavage, qui est une institution du droit des gens, serait ainsi une institution du droit naturel. Le droit naturel, sans doute, proclame le principe que les hommes sont égaux, mais il aurait apporté lui-même une exception à ce principe en matière d'esclavage. Cette théorie nous semble devoir être repoussée en considération des textes qui seront cités dans les trois notes suivantes.

gnée par Triphoninus ⁽⁴¹⁾, Ulpien ⁽⁴²⁾ et Florentinus. Ce dernier jurisconsulte nous dit ainsi en une brève formule : « *Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* » ⁽⁴³⁾.

On a invoqué, il est vrai, contre l'authenticité des textes auxquels nous faisons allusion différents arguments. Mais les indices prétendus d'interpolation que l'on a cru relever dans la rédaction de ces textes n'existent pas, croyons-nous ⁽⁴⁴⁾. Quant aux autres arguments, il est aisé de les écarter. Le principe de la liberté et de l'égalité naturelles des hommes, a-t-on dit, appartient à la morale chrétienne, les jurisconsultes classiques devaient donc l'ignorer ⁽⁴⁵⁾. Mais nous savons que ce principe avait été déjà dégagé par les philosophes stoïciens, et très nettement par Sénèque ⁽⁴⁶⁾. On a dit encore que Gaius au § 69 de son Commentaire 2 rattachait l'institution de l'esclavage au *jus naturale* ⁽⁴⁷⁾. En réalité, Gaius, dans le texte invoqué, rattache l'esclavage qu'il ne vise pas d'ailleurs

(41) Fr. 64 D. 12-6 cité.

(42) Fr. 4 D. 1-1, cf. 32 D. 50-17.

(43) Fr. 4 pr., D. 1-5. On a dit que les mots *contra naturam* avaient été ajoutés par les compilateurs (Perozzi, l. c.) ou encore que tout ce texte était une paraphrase byzantine (cf. Albertario, *op. cit.*, p. 176, n. 3). M. Albertario considère comme des indices de la formation post-classique du passage, le fait d'appeler la *servitus* une *constitutio juris gentium* et de présenter le pouvoir du maître sur l'esclave comme un *dominium*, au lieu d'une *potestas*. Mais, *constitutio* a couramment le sens d'institution, et la désignation de l'esclavage comme une *constitutio juris gentium* est correcte, quant à la forme et quant au fond. Le mot *dominium* enfin, est plus exact que celui de *potestas* dans une définition de l'esclavage. Les esclaves sont soumis à un *dominium* dont la *potestas* n'est qu'un aspect.

(44) V. les notes précédentes.

(45) Ainsi Perozzi, l. c.; Albertario, *op. cit.*, p. 175 suiv.

(46) La morale de Sénèque était si proche de celle de saint Paul que l'on a cru parfois que Sénèque était chrétien. (Sur la similitude de ces morales, v. Wallon, *op. cit.*, t. 3, p. 22 suiv.).

(47) En ce sens, Albertario, *op. cit.*, p. 178.

d'une façon spéciale, au droit des gens, non au droit naturel ⁽⁴⁸⁾.

II. — L'examen des textes relatifs au *jus naturale* nous a permis d'écarter un des principaux arguments que l'on a invoqués contre l'origine classique de la notion d'*obligatio naturalis*.

Que le domaine de cette obligation se soit progressivement élargi depuis la fin de l'époque classique, cela est certain. Mais tout milite en faveur de la reconnaissance dès cette époque, et dans certains cas, d'obligations naturelles au bénéfice ou à la charge des esclaves et des fils. Le droit naturel proclame l'égalité de tous les hommes et ignore la *patria potestas*, laquelle n'appartient même pas au *jus gentium*, mais au *jus proprium civium romanorum* ⁽⁴⁹⁾.

(48) V. *supra*, note 23.

(49) Gaius (§ 55, Comm. 1) nous dit ainsi de la *patria potestas* : « *Quod jus proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.* » (Cf. § 2 Inst. 1-9). Selon Accarias (Précis, t. 1, p. 164), cela signifierait seulement que la *patria potestas* n'est admise à Rome que pour les citoyens : « En la rattachant au *jus civile*, dit-il, on n'entend pas exprimer, quoi qu'en dise Justinien, qu'elle ne soit consacrée par aucune législation étrangère. Jules César (de Bello Gall., 6, 19) et Gaius (I § 55) constatent qu'en Gaule et chez les Galates de l'Asie Mineure elle était organisée d'après les mêmes principes et avec la même énergie qu'à Rome. On veut donc simplement dire que les juridictions romaines ne la feront respecter qu'au profit d'un père romain sur un fils également romain ». *Jus civile* est, en réalité, employé ici par Gaius avec ses deux significations. Sans doute, Gaius ne nous dit pas comme Justinien : *Nulli enim alii*, mais *fere enim nulli alii sunt homines...* Et, il est certain que d'autres nations, connues des Romains, possédaient une *patria potestas* analogue à la leur. Mais la *patria potestas* telle qu'elle existe à Rome n'est reconnue que par quelques nations, non par toutes, et elle ne peut ainsi appartenir au *jus quo omnes gentes utuntur*. D'ailleurs, si, pour Gaius, *jus civile* signifiait uniquement droit s'appliquant seulement aux citoyens, on ne comprendrait guère l'utilité de cette remarque du jurisconsulte : « *fere enim etc.* » ; la *patria potestas*, en effet, serait alors du *jus civile*, même si elle était reconnue par toutes les nations.

Triphoninus ⁽⁵⁰⁾ pour justifier l'*obligatio naturalis servi*, invoque le principe de la liberté naturelle des hommes : « *Si quod dominus se servo debuit, dit-il, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum ; ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debeti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est* ». On a contesté assez vivement l'authenticité ⁽⁵¹⁾ de ce texte, mais sans en prouver l'interpolation par des arguments décisifs. En ce qui concerne la forme, on a signalé l'emploi jugé incorrect du mot *dominatio* comme synonyme de *servitus* ⁽⁵²⁾. C'est, en réalité, à dessein que Triphoninus se sert du mot *dominatio*, non du mot *servitus*. Il vise par là, non seulement l'esclavage lui-même, mais ce qui fut la source de cette institution : les conquêtes, les dominations. On a dit encore que la *condictio indebiti* n'avait rien à faire avec la liberté naturelle ⁽⁵³⁾. Le rapport ici nous semble, au contraire, évident. C'est parce qu'ils sont dépourvus de la qualité d'hommes libres, que les esclaves ne peuvent pas contracter d'obligations valables *jure civili*. Mais, du moment que « *libertas naturali jure continetur* », la raison qui fai-

(50) Fr. 64 D. 12-6.

(51) Ce texte serait interpolé depuis *quia naturale*, selon MM. Perozzi (Istituz, première édition, t. 1, p. 66, n. 1 et 73, n. 3; deuxième édition, t. 1, p. 91, n. 2, et 100, n. 3); Mitteis (R. P., p. 63, n. 3); Albertario (*op. cit.*, p. 177), et Siber (*op. cit.*, p. 6). En sens contraire, Lenel et Goudy, selon Index Interpolat.

Pour des interpolations moins importantes, v. Pacchioni. Rivista, dir. civ., t. 18 (1926), p. 48, qui supprime le mot *naturale* et Guarneri-Citati, Ann. Palermo, t. 11 (1923), p. 189, qui efface *jure continetur*.

(52) V. ainsi Perozzi et Albertario, *II. cc.*

(53) Ainsi Siber, *I. c.*, cf. Pacchioni, *I. c.*

sait méconnaître leurs obligations n'existait pas *jure naturali*; leurs obligations, nulles vis-à-vis du droit positif, devaient donc valoir *jure naturali*. Or le paiement des obligations naturelles ne peut être répété.

En montrant que, déjà à l'époque classique, droit naturel et droit des gens ne se confondaient pas complètement, nous avons par avance rejeté cet autre argument encore invoqué par M. Siber ⁽⁵⁴⁾ contre l'origine classique de la notion d'*obligatio naturalis*, à savoir que les obligations naturelles n'étaient que les obligations *ex jure gentium*.

A l'époque classique, rien ne s'opposait à ce que les obligations du droit des gens fussent désignées comme des *naturales obligationes*, puisque le *jus gentium* et le *jus naturale* se confondaient en principe ⁽⁵⁵⁾. Mais, dans l'opposition faite parfois dans les sources entre l'*obligatio civilis* et l'*obligatio naturalis*, ces derniers mots devaient désigner l'obligation purement naturelle : l'*obligatio naturalis tantum* ⁽⁵⁶⁾. En effet, toute

(54) *Op. cit.*, p. 1 suiv.

(55) Nous n'avons pas à rechercher si vraiment, à l'époque classique, on désignait ainsi parfois les obligations du droit des gens. MM. Beseler (Tijdschrift (1928), p. 318 suiv.), et Vazny (*op. cit.* p. 132 suiv.) l'ont récemment contesté. Nous signalons simplement que la chose n'est pas *a priori* inadmissible ou invraisemblable.

(56) Nous admettons avec M. Siber l'interpolation souvent soutenue des fr. 5 pr. D. 20-1 et 1, § 1 D. 46-2, où l'on trouve une division tripartite des obligations en *civiles*, *honoraræ* et *naturales*. Au fr. 5 pr., il faut supprimer les mots *honoraria vel tantum*, au fr. 1, § 1 D. 46-2, les mots *an honoraria*. — V. en faveur de l'interpolation du fr. 5 pr.: Perozzi, Le oblig. rom., p. 138; Arangio-Ruiz, Le genti e la città, p. 38; Segrè, Corso (1919-1920), p. 126; Siber, *op. cit.*, p. 7 et 8; Albertario, La cosiddetta honoraria obligatio; Rendiconti, Lombardo, t. 59 (1926), p. 559, et encore : Fehr, Romisches Pfandrecht, p. 81, et Ehrard également cités en ce sens par M. Albertario, *l. c.*, n. 7. — En ce qui concerne l'interpolation du fr. 1, § 1 D. 46-2, v. Perozzi, *l. c.*; Alibrandi, Bull., t. 24, p. 177; Arangio-Ruiz, *l. c.*; Segrè, *op. cit.*, p. 129; Kruger;

obligation sanctionnée par une action était une *obligatio civilis*, qu'elle appartienne au *jus proprium civium romanorum* ou au *jus gentium*, qu'elle soit sanctionnée par une action civile ou par une action prétorienne (57). Autrement dit, dans la matière des obligations, les mots *jus civile* étaient pris parfois avec le sens large de droit positif romain, et les mots *obligatio civilis* pouvaient désigner toute obligation poursuivable. Cela résulte des sources. Dans les textes on oppose à l'incapacité des esclaves de s'obliger *jure civili* leur capacité de s'obliger *jure naturali* (58). Les esclaves n'étant pas davantage capables de s'obliger *jure gentium* que *jure civili* (dans le sens de *jus proprium civium romanorum*), il apparaît bien que nous devons, dans ce rapport, entendre par *jus civile* l'ensemble du droit positif romain. L'emploi de cette ter-

Siber, *op. cit.*, p. 7, n. 2, et p. 31; Albertario, *l. c.* Sur ces deux textes, cf. Pringsheim, *op. cit.*, p. 354.

Peut-être l'expression *honoraria obligatio* n'est-elle pas classique. — V. en ce sens : Albertario, *op. cit.*, et les auteurs cités dans cet ouvrage.

Mais, contrairement à ce que pense M. Siber, les mots *obligatio naturalis* ne peuvent désigner, dans ces deux textes, que l'obligation simplement reconnue par le droit naturel, même en faisant disparaître la mention de l'*honoraria obligatio*. Il en est de même au fr. 16, § 3, D. 46-1. L'exemple du § 119 a du Com. 3 de Gaius en fournit une preuve. Dans ce paragraphe, où l'on rencontre une semblable opposition entre l'*obligatio civilis* et l'*obligatio naturalis*, le jurisconsulte n'entend manifestement par *obligatio naturalis* que l'obligation non munie d'action, celle seulement reconnue par le *jus naturale*. V. *infra* numéro 4.

(57) Nous ne pensons pas que le terme *obligatio* n'ait pas été appliqué aux obligations du droit prétorien, comme on l'a fréquemment soutenu. V. ainsi : Arangio-Ruiz, *Le genti e la città*, p. 37 suiv.; Istituz., p. 380, n. 1; Siber, *op. cit.*, p. 8; Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 cod. civ.* dans *Rivista diritto comm.* (1923) (1), p. 493 suiv.; Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana dans *Rendiconti ist. lombardo*, t. 50 (1926) p. 409; La cosiddetta *obligatio ex causa fideicommissi*, même publication, t. 60 (1927), p. 103 suiv. Mais v. en sens contraire : Segrè, *Corso* (1919-1920), p. 125-169; *Corso* (1924-1925), p. 76 suiv.; Studi Bonfante, t. 3, p. 520 suiv.; Pringsheim, *op. cit.*, p. 354.

(58) V. ainsi fr. 14 D 44-7; 32 D. 50-17, cf. fr. 41 D. 15-1.

minologie à l'époque classique n'est pas fait pour nous surprendre. Déjà au temps de Cicéron on donnait aux mots *jus civile* le sens de droit positif romain ⁽⁵⁹⁾. En outre, comme le remarque M. Perozzi, « l'obligation juridique est, sous des conditions données, la cause pour laquelle la *civitas* reconnaît qu'il y a un asservissement. Peu importe que ce soit le droit civil ou le droit prétorien qui impose l'obligation; l'asservissement existe également vis-à-vis du droit de la *civitas*, de là il est toujours en ce sens *civilis* » ⁽⁶⁰⁾.

III. — L'*obligatio naturalis* (*tantum*) se définit ainsi. C'est une obligation non munie d'action, mais produisant certains effets juridiques, notamment celui de mettre le créancier, en cas d'exécution spontanée du débiteur, à l'abri de la *condictio indebiti*.

M. Siber soutient qu'une semblable définition contient une contradiction irréductible, *obligatio* signifiant : *in personam teneri*. Selon M. Siber ⁽⁶¹⁾, les jurisconsultes classiques distinguaient à l'intérieur de ce que nous appelons une obligation, l'obligation pro-

(59) V. Betti, Corso, t. 1, p. 21. M. Betti cite en ce sens le passage suivant de Cicéron (de off. 3, 17, 69) : « *Quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet* ».

(60) Perozzi, Le oblig. rom., p. 134 suiv.; p. 134 : « La vecchia obligatio romana essendo un concetto sociale, è sempre civilis; l'obbligo giuridico è in quelle date condizioni la causa per la quale la civitas riconosce che c'è un asservimento. Che sia il diritto civile che impone l'obbligo, o che sia il diritto pretorio importa poco; l'asservimento esiste ugualmente dinanzi al diritto della civitas, quindi è sempre in questo senso civilis. Perciò i classici parlano di obbligati che godono di azione civile o di azione pretoria, di persone obbligati civili actione o honoraria actione, di essere obbligati e di un « *debere* » per diritto civile e pretorio; mai di obbligazioni civili e di obbligazioni pretorie. »

V. également Savigny, Le droit des obligations, t. 1, p. 40; Girard, Manuel, p. 407.

(61) *Op. cit.*, p. 17 suiv.

prement dite (*obligatio: Haftung*) et la dette (*debitum: Schuld*). A la place des *obligationes naturales*, ils auraient admis l'existence de *debita sine obligatione*, notamment pour les personnes en puissance ⁽⁶²⁾.

Nous ne croyons pas que les juriconsultes aient distingué d'une façon générale et scientifique ces deux éléments de l'obligation. Sans doute, il est question dans quelques textes d'une *obligatio debiti* (*Haftung für Schuld*) ⁽⁶³⁾. Mais, en général, les juriconsultes se servent des termes *debitum* et *obligatio*, des verbes *debere* et *obligari* comme de synonymes ⁽⁶⁴⁾. En tout cas, la reconnaissance à l'époque classique de *debita (servi) sine obligatione* est formellement démentie par les sources ⁽⁶⁵⁾.

(62) Bien avant l'ouvrage de M. Siber, on avait voulu trouver dans le droit romain les traces d'une distinction entre la dette et l'obligation. (V. Cornil, *Debitum et Obligatio*. — Recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine, dans *Mélanges P. F. Girard*, t. 1, p. 199 suiv., et les auteurs cités par M. Cornil, p. 199, n. 1. — V. également l'ouvrage de A. Marchi, *Storia e concetto della obbligazione romana*). Mais par là, on cherchait avant tout à analyser la notion première d'obligation et l'on ne voyait pas dans les mots *debitum* et *obligatio* deux termes techniques, ayant à l'époque classique une signification distincte et désignant les deux éléments de l'obligation. Cela n'allait pas d'ailleurs sans soulever des critiques : v. Duquesnes, R. H. de droit (1913), p. 125-134; Perozzi, *La distinzione fra debito ed obbligazione*, *Rivista diritto commerciale*, t. 15 (1917) (1), p. 748 suiv.; Girard, *op. cit.*, p. 406, n. 1.

M. Pacchioni, qui adopte maintenant dans ses grandes lignes la théorie de M. Siber, soutenait que les *obligationes naturales* étaient des *debita sine obligatione* et que l'expression *obligatio naturalis* était venue, au cours de l'époque classique, désigner ces *debita*. (V. Atti Torino, t. 54 (1917-1918), p. 488 suiv.).

(63) V. les textes suivants cités par M. Siber, *op. cit.*, p. 18; 11, § 1, D. 13-7; 28, § 6 D. 34-3; 44; 96 § 4 D. 46-3.

(64) M. Cornil lui-même le reconnaît et nous donne en ce sens des exemples significatifs. (V. *op. cit.*, p. 206).

(65) V. Segré, *Studi Bonfante*, t. 3, p. 526. — M. Vazny, qui admet la reconnaissance, dès l'époque classique, d'obligations à la charge comme au bénéfice des esclaves, soutient que, dans le langage juridique usuel, les termes *obligatio naturalis* s'appliquaient seulement aux obligations de l'esclave envers les tiers, tandis que ses obligations envers le maître étaient appelées *debita ou natura debita*. — V. *op. cit.*, p. 159. Nous hésitons à admettre cette différence terminologique, difficilement explicable. Julien,

M. Siber lui-même, en présence de plusieurs textes du digeste, est contraint d'assouplir un peu sa théorie. Modestin nous dit, en effet, au fr. 108 D. 50-16 : « *Debitor intelligitur is, a quo invito exigere pecunia potest* » et Ulpien, au fr. 41 D. 15-1 : « *Nec servus quicumque debere potest nec servo potest deberi...* ». Que deviennent alors les prétendus classiques *debita sine obligatione* ? Selon M. Siber, à la fin de l'époque classique, on n'aurait considéré comme de véritables *debita* que ceux sanctionnés par des actions. Mais Servius lui-même, nous le savons ⁽⁶⁶⁾, ne concevait pas qu'un maître puisse devoir quelque chose à son esclave. Enfin, Julien nous dit au fr. 16, § 4, D. 46-1 : « *Nam licet minus proprie debere dicantur [naturales debitores] <servi> (67), per abusionem intelligi possunt debitores; et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse* ». Ainsi, non seulement Ulpien et Modestin, mais encore Servius et Julien ne considéraient comme de véritables *debita* ou *obligationes* que les dettes sanctionnées par une action. Il semble donc bien qu'à aucune époque, on ait admis l'existence de *debita sine obligatione*.

Selon M. Siber ⁽⁶⁸⁾, une comparaison entre les §§ 73 et 78 du Commentaire 4 de Gaius montrerait que ce jurisconsulte distinguait le *debitum* de l'*obligatio* et reconnaissait l'existence non d'*obligationes* mais de

Africain, Ulpien et Gaius désignent parfois, par les mots *obligatio naturalis*, l'obligation de l'esclave (ou du fils) envers son *paterfamilias* ou d'autres membres de la *domus*. — V. fr. 38 pr., §§ 1 et 2 D. 12-6; 16, § 4 D. 46-1; 10 D. 44-7; § 119 a Gaius, Comm. 3.

(66) Fr. 40, § 3 D. 35-1.

(67) Gradenwitz, Natur und Sklave bei der naturalis obligatio, p. 3 suiv.

(68) *Op. cit.*, p. 18.

debita servi. Nous lisons, en effet, dans ces textes : § 73 « *(de peculio de) ducitur, quod patri dominove quique in ejus postestate sit, a filio servove debetur* » ; § 78 « *Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. Nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest* ». Il y aurait entre ces deux passages, pense M. Siber, une contradiction choquante, si nous devions entendre la même chose par *debere* et *obligari*, *debitum* et *obligatio*. En réalité, Gaius pouvait fort bien s'exprimer comme il le fait au § 78, tout en admettant l'existence d'*obligationes naturales* entre membres d'une même *domus*. Les *obligationes naturales tantum*, en effet, ne sont pas de véritables *obligationes* parce qu'elles ne sont pas sanctionnées par une action. Or, si Gaius nous dit ici qu'aucune obligation ne peut naître entre membres d'une même *domus*, c'est pour expliquer l'inadmissibilité d'une instance entre ces personnes. Il ne pouvait donc songer ici qu'aux *obligationes* proprement dites, celles susceptibles d'engendrer une action, non également aux *obligationes naturales tantum*, appelées *obligationes* seulement *per abusionem*. Au § 73, Gaius traite du *jus deductionis* du maître. Il s'exprime dans des termes analogues à ceux employés par tous les jurisconsultes, et rien ne nous dit qu'il ait donné au verbe *debere* une signification technique. Ulpien lui-même, qui nous avertit que « *nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi* », se sert cependant constamment du verbe *debere* à l'occasion des créances ou dettes

des *subjecti* ⁽⁶⁹⁾. Les anciens jurisconsultes enfin, qui s'exprimaient de même, ne considéraient pas comme de véritables *debita* ces créances et dettes ⁽⁷⁰⁾.

Selon M. Siber ⁽⁷¹⁾, il y aurait une contradiction imputable aux compilateurs entre deux textes insérés au même titre du digeste : les fr. 43 et 14 D. 44-7. Paul nous dit au fr. 43 : « *Servus ex contractibus non obligatur* » et Ulpien au fr. 14 : « *Servi ex contractibus naturaliter obligantur* ».

Aucune contradiction n'existe, si on admet avec nous, que les jurisconsultes classiques reconnurent (au moins à partir d'une certaine époque) l'existence d'*obligationes naturales servi*, mais sans considérer celles-ci comme de véritables *obligationes*. Paul, en affirmant le principe que *ex contractibus servus non obligatur*, ne songe qu'aux obligations proprement dites, c'est-à-dire à celles sanctionnées par des actions. Mais la règle est renversée si on se place au point de vue du *jus naturale*, alors que, dans la matière de l'esclavage, le droit naturel s'oppose au droit positif romain. Et précisément, les deux formules inverses sont énoncées l'une à côté de l'autre par Ulpien au fr. 14 : « *Servi*, nous dit-il, *...ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant* » ⁽⁷²⁾.

Nous ne devons pas non plus concevoir des doutes

(69) Il suffit, pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur les nombreux textes d'Ulpien insérés au Digeste, livre 15, titre 1.

(70) Ainsi Servius. — Comparez le fr. 40, § 3 D. 35-1 avec les fr. 9, § 3 D. 15-1 et 3, § 2 D. 40-7.

(71) *Op. cit.*, p. 18. — V. également Pacchioni Riv. dir. civ., t. 18 (1926), p. 46-47.

(72) La règle du fr. 43 ne prouve donc pas, comme le soutiennent MM. Siber et Pacchioni, l'interpolation du fr. 14.

sur la reconnaissance à l'époque classique d'*obligationes naturales servi*, si nous lisons encore au digeste que « *in personam servilem nulla cadit obligatio* » (73) ou que « *nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi* » (74). Partout il ne s'agit que de l'*obligatio civilis*.

On s'explique aisément pourquoi Ulpien passe sous silence, au fr. 41 D. 15-1, l'*obligatio naturalis servi*. Il nous dit ici, et il importe de citer entièrement son texte : « *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad jus civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et, si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur* ».

M. Siber (75) efface *ad* avant *jus*, et après, les mots : *civile referimus obligationem* (76). Ulpien nous aurait dit ainsi que par le verbe *debere*, improprement appliqué aux esclaves, on voulait désigner davantage un état de fait qu'une situation juridique. En effet, remarque M. Siber, *jus* s'oppose à *factum*, tandis que *jus civile* ne peut s'opposer qu'à *jus gentium* ou *jus naturale*. Les compilateurs qui admettent l'existence

(73) Fr. 22 D. 50-17.

(74) Fr. 41 D. 15-1.

(75) *Op. cit.*, p. 24 suiv.

(76) Selon M. Beseler : *Tijdschrift*, t. 8 (1928), p. 323, il faudrait lire ce texte ainsi : « < *Jure civili* > *nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi sed [cum... itaque] quod servo debetur ab extraneis, dominus, etc...* » Ces retouches ne nous semblent pas justifiées. Le mot *itaque*, jugé ici inexact par M. Beseler, s'explique parfaitement. Ulpien nous dit que l'esclave lui-même n'est pas créancier ou débiteur civilement et c'est pourquoi, en matière de *debita* et de *nomina pecuniaria*, ce n'est pas lui qui est poursuivi ou qui agit.

d'*obligationes naturales* ou de *debita naturalia servi*, auraient modifié un des deux termes de cette opposition et laissé l'autre intact. Nous ferons remarquer tout d'abord que, dans la forme où elle nous est présentée, l'opposition entre *factum* et *jus civile* n'a rien de choquant. En second lieu, Ulpien s'occupait ici des créances et dettes constituant les éléments actifs et passifs du pécule des esclaves. Or, parmi celles-ci, certaines créances, celles contre les tiers, ne constituaient pas, nous le verrons (77), des *obligationes naturales servi*. Si Ulpien n'avait pas ici à parler des *obligationes naturales*, il ne pouvait pas, non plus, opposer uniquement le fait et le droit, puisque les obligations des esclaves revêtaient dans une certaine mesure un caractère juridique, lorsqu'elles constituaient des *naturales obligationes*. D'autre part, comme *debere* visait une *obligatio civilis*, Ulpien devait préciser que, lorsqu'il s'agissait des esclaves, ce mot, alors employé improprement, ne désignait pas une *obligatio civilis*.

En résumé, Ulpien nous enseigne au fr. 41, que, lorsque nous disons qu'un esclave doit quelque chose ou que quelque chose lui est dû, nous ne voulons pas dire qu'il est civilement débiteur ou créancier, c'est-à-dire qu'il est passible d'une action ou peut en intentar une. Et, cette doctrine est exacte, même si on admet l'existence, dans certains cas, d'*obligationes naturales servi*.

IV. — En faveur de l'origine classique de la notion d'*obligatio naturalis*, on peut invoquer de très nom-

(77) V. paragraphe suivant, section 1.

breux passages du digeste où il est question de *naturalia debita* ou d'*obligationes naturales servi* ou *fili*, textes qui, certes, ne sont pas tous interpolés. Mais la meilleure preuve en ce sens nous est fournie par le § 119a du Commentaire 3 de Gaius.

Gaius s'exprime en ces termes aux §§ 118, 119, 119a de son Commentaire 3 : « § 118 — *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fidejussoris valde dissimilis.* — § 119 — *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, (quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud queritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.)* — § 119a — *Fidejussor vero omnibus obligationibus, id est sive verbis sive litteris sive consensu contractæ fuerint obligationes adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adjiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fidejussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.* »

Le § 119a montre, à notre avis, que Gaius connaissait la notion d'*obligatio naturalis (tantum)* et qu'il admettait notamment l'existence d'*obligationes naturales servi*. Il nous présente, ici, comme un exemple typique d'*obligationes naturales*, celles des *servi*.

M. Siber ⁽⁷⁸⁾ interprète le § 119a de tout autre façon. Son interprétation s'inspire d'une comparaison entre les §§ 119 et 119a. L'un et l'autre de ces paragraphes,

(78) *Op. cit.*, p. 19 suiv.

dit M. Siber, contient deux parties dont les points de démarcation sont, non pas *At illud* et *ac ne illud*, comme on pourrait le croire, mais *quamvis* au § 119, *adeo quidem* au § 119a.

M. Siber raisonne ainsi ; dans la première partie du § 119, Gaius indique que la *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent servir à cautionner que des obligations verbales ; dans la première partie du § 119a, que la fidéjussion est possible, quelle que soit l'obligation principale, que celle-ci soit *civilis* ou *naturalis*, c'est-à-dire, pour M. Siber, qu'elle appartienne au droit civil ou au droit des gens. Dans la deuxième partie du § 119, Gaius nous dit que la *sponsio* et la *fidepromissio* peuvent intervenir en faveur de personnes non obligées comme les femmes, les pupilles non assistés, le promettant *post mortem suam*, tandis qu'on discute sur la question de savoir si on peut encore cautionner ainsi les *sponsiones* des pérégrins et des esclaves. Au § 119a, deuxième partie, Gaius voudrait nous dire que la fidéjussion peut avoir pour objet des dettes non poursuivables et entre autres celles des esclaves. Pour M. Siber, les mots *adeo quidem* marquent ici une opposition ; nous devrions les traduire par cependant (*jedoch*). Tout lien se trouve ainsi rompu entre la dette de l'esclave et l'*obligatio naturalis*. La dette de l'esclave, comme celle des personnes mentionnées au § 119, peut être un *debitum sine obligatione*, et la *naturalis obligatio* dont parle Gaius, peut être toute obligation du droit des gens.

Cette interprétation du texte de Gaius ne peut être admise et elle a été déjà écartée par plusieurs au-

teurs ⁽⁷⁹⁾. M. Siber découpe arbitrairement les paragraphes 119 et 119a ⁽⁸⁰⁾. En second lieu, si on entend les mots *adeo quidem* avec le sens de cependant (*je-doch*), le raisonnement du jurisconsulte paraît illogique et boiteux ⁽⁸¹⁾. Gaius aurait dû écrire ce que sous-entend M. Siber.

Selon M. Siber, Gaius ne pouvait pas songer aux obligations sans action de Justinien, car, en se servant avec ce sens au § 119a des mots *obligatio naturalis*, il aurait posé une énigme que, par la plus inconcevable maladresse, il n'aurait pas permis au lecteur de résoudre. En effet, Gaius n'enseigne pas l'existence d'obligations sans action; bien au contraire, nous dit M. Siber, Gaius ne reconnaît pas les obligations des esclaves et, au § 119, dans les hypothèses envisagées, il déclare non *obligatus* le débiteur principal.

En réalité, les contemporains de Gaius pouvaient aisément entendre par *obligatio naturalis* une obligation sans action, et cela en l'absence de plus amples précisions, si, comme nous le pensons, dans le langage juridique usuel, les mots *obligatio civilis* désignaient toute obligation sanctionnée par une action; en effet, *obligatio naturalis* en opposition à *obligatio civilis* ne pouvait alors s'appliquer qu'aux *obligationes naturales tantum*.

L'interprétation de M. Siber a l'avantage d'expliquer la non-mention, au § 119a, de toutes les hypothèses

(79) V. Pringsheim, *op. cit.*, p. 356 suiv.; Vazny, *op. cit.*, p. 135 suiv.; Perozzi, Interpretazione di Gai III 119 a; Studi Bonfante, t. 1, p. 71 suiv.

(80) V. Pringsheim, *l. c.*

(81) V. Pringsheim, *l. c.*

ses prévues au paragraphe précédent. Mais l'explication est mauvaise ; le silence de Gaius se justifiait tout autrement.

Au § 119, Gaius nous dit que la *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent servir à cautionner que des obligations nées *verbis*. Puis, il ajoute qu'elles peuvent intervenir, alors même que le contrat verbal n'a pas fait naître une obligation à la charge du promettant, par exemple, si ce dernier est une femme, un pupille agissant *sine tutoris auctoritate*, ou si le promettant a promis *dari post mortem suam*. Dans ces différents cas, il n'y a pas, à la charge du promettant, une *obligatio naturalis* ⁽⁸²⁾. Mais le cautionnement par *sponsio* ou *fidepromissio* est possible parce que la stipulation vaut en tant qu'acte formel, alors même qu'elle ne fait pas naître d'obligation. Mais il devait en être différemment, semble-t-il, en ce qui concerne les *sponsiones* des pérégrins et des esclaves ; d'où les hésitations signalés par Gaius (*At illud*). La question était tout à fait indépendante de celle de savoir si le pérégrin ou l'esclave était obligé par sa promesse, au moins naturellement ⁽⁸³⁾.

La fidéjussion, à la différence de la *sponsio* et de la *fidepromissio*, ne pouvait servir de mode de cautionnement, que lorsqu'une obligation principale existait réellement. Gaius n'avait donc pas à parler, au § 119 a, des promesses nulles mentionnées au § 119 ⁽⁸⁴⁾. Mais la fidéjussion pouvait intervenir pour

(82) En ce sens, Vazny, *op. cit.*, p. 136.

(83) Vazny, *l. c.*

(84) En ce sens Vazny, *l. c.*

toute obligation, qu'elle soit civile ou simplement naturelle, ainsi pour celle des esclaves. Il en résulte que, par fidéjussion, on ne pourra pas cautionner l'obligation nulle du pupille, par exemple, mais l'obligation naturelle de l'esclave (même si celle-ci est née *verbis*) ; alors que le cautionnement par *sponsio* (*fidepromissio*), supposant, non une obligation principale, mais un contrat verbal, valable en tant qu'acte formel, pouvait intervenir pour les stipulations non obligatoires du pupille, non pour la *sponsio* de l'esclave (ou du moins la question était douteuse).

Le § 119 a du Commentaire 2 de Gaius ne prouve pas seulement la reconnaissance, dès l'époque classique, des *obligationes naturales servi*, il fournit encore un argument contre la thèse de M. Perozzi qui limite aux *obligationes naturales servi* les obligations naturelles du droit classique ⁽⁸⁵⁾. Gaius présente l'*obligatio naturalis servi* seulement comme un cas d'*obligatio naturalis*. A côté des *obligationes naturales* des esclaves, il y avait au moins celles des *filii familias*, c'est-à-dire celles nées entre un *filius familias* et le *paterfamilias* ou d'autres membres de la *domus*. La reconnaissance, à l'époque classique, de *naturales obligationes filii*, est d'ailleurs nettement attestée par le fr. 38 D. 12-6.

V. — La notion d'*obligatio naturalis*, connue dès l'époque classique, s'est formée seulement au cours

(85) Istituz. 1, t. 2, p. 26 suiv. M. Perozzi s'est efforcé d'écarter l'argument (v. Interpretazione di Gai III 119 a, dans Studi Bonfante, t. 1, p. 71 suiv.). Mais sa démonstration n'est pas convaincante. — V. Vazny, *op. cit.*, p. 137, n. 16; Levy, Z. S. S. f. R., t. 51 (1931), p. 554.

de cette époque. Nous savons que Servius l'ignorait et que le plus ancien jurisconsulte qui parle de *naturalia debita* est Javolenus ⁽⁸⁶⁾. C'est dans un texte de Julien que nous trouvons la première définition de *l'obligatio naturalis servi* ⁽⁸⁷⁾. Ce texte est le fr. 16, § 4, D. 46-1 auquel les compilateurs ont donné une portée générale, comme l'a montré M. Gradenwitz. Julien, de même que Gaius au § 119 a de son Commentaire 3, affirmait au § 3 de ce fragment que la fidéjussion pouvait intervenir même pour des obligations naturelles ; au § 4, il définissait *l'obligatio naturalis servi*. Nous devons lire ainsi ces textes : « *Fidéjussor accipi potest quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. <Adeo quidem ut pro servis quoque obligentur, quorum> naturales obligationes non eo solo æstimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest : nam licet minus proprie debere dicantur [naturales debitores] <servi>, per abusionem intelligi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse* » ⁽⁸⁸⁾.

Selon M. Vazny ⁽⁸⁹⁾, l'expression *obligatio naturalis* remonterait à Julien, mais l'idée même remonterait plus haut, au moins à Labéon. M. Vazny invoque en ce sens les fr. 40, § 3, D. 35-1 et 20 D. 4-3.

(86) Fr. 40, § 3, D. 35-1.

(87) Définition reprise par Paul au fr. 10 D.44-7. V. sur ce texte l'ouvrage cité de M. Gradenwitz.

(88) Telle est la lecture proposée par M. Gradenwitz et couramment admise actuellement. Contre la restitution différente de M. Siber (*op. cit.*, p. 27), v. : Pringsheim, *op. cit.*, p. 358.

(89) *Op. cit.*, p. 145. — M. Vermond (*op. cit.*, t. 1, p. 26 suiv.) soutient même que la notion d'obligation naturelle est ancienne, qu'elle ne date pas seulement des premiers siècles de l'Empire. Mais les sources n'autorisent pas cette manière de voir.

Servius, nous le savons, déclarait nul le legs de la dette fait par le maître débiteur à l'esclave créancier. Javolenus qui nous rapporte cette décision au fr. 40, § 3, D. 35-1 (*lib. 2 ex posterioribus Labeonis*), déclarait, au contraire, le legs valable. « *Ego puto*, dit-il, *secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo jure utimur.* » Les mots *et eo jure utimur*, montrent, selon M. Vazny, que le *naturale debitum* n'est pas une innovation de Javolenus. Javolenus emprunterait cette notion à Labéon, comme cela résulte pour M. Vazny, du fait que le texte de Javolenus fait partie de son ouvrage *ex posterioribus Labeonis*. Le fr. 20 D. 4-3 montrerait que Labéon admettait l'existence d'un *debitum* de l'esclave, même en l'absence de pécule.

Cette argumentation ne peut pas être admise.

Au fr. 40, § 3, les mots *et eo jure utimur* émanent des compilateurs. Ces mots étonnent, alors que Javolenus nous présente comme lui étant personnelle l'opinion qu'il expose ici (*ego puto*). Les compilateurs adoptent la manière de voir de Javolenus. Pour que les lecteurs du digeste n'hésitent pas entre l'opinion de Servius et celle de Javolenus, ils ont pris soin d'indiquer qu'elle était celle de ces opinions qui avait prévalu ; d'où cette addition au texte du jurisconsulte : « *et eo jure utimur* ».

Que le fr. 40, § 3, soit désigné dans la compilation comme provenant des *libri ex posterioribus Labeonis*, cela ne prouve rien en faveur de la thèse de M. Vazny. Javolenus exposait ici son opinion person-

nelle, et, puisqu'il ne cite pas Labéon, nous ignorons la manière de voir de ce dernier ⁽⁹⁰⁾.

Le fr. 20 pr. D. 4-3, où Paul ⁽⁹¹⁾ nous rapporte une décision de Labéon, ne prouve rien, non plus, en faveur de la théorie de M. Vazny.

Le cas envisagé dans ce texte est le suivant. Un esclave, débiteur de son maître, ne pouvait s'acquitter de sa dette. Son maître lui donna le conseil d'emprunter à un tiers la somme qu'il lui devait et de la lui donner en paiement. L'esclave emprunta et paya. Labéon dit qu'il faut donner au prêteur l'action de dol contre le *dominus*. En effet, dit-il, le créancier ne peut pas intenter utilement l'action de *peculio* alors que *nihil est in peculio* et qu'il n'y a pas d'*in rem domini versum* ⁽⁹²⁾. Le *debitum* de l'esclave envers son maître, dont parle Labéon, n'existe pas en l'absence de pécule. Labéon ne nous dit pas que l'esclave

(90) Dans les fragments insérés au digeste sous la rubrique : « Javolenus libro... ex posterioribus Labeonis », Javolenus ne cite Labéon qu'au discours indirect et expose sa propre façon de voir. Ce sont les fragments insérés sous la rubrique : « Labeo libro... posteriorum a Javoleno epitomatorum », qui contiennent des citations au discours direct de Labéon. Selon une conjecture des plus vraisemblables de M. Lenel (*Palingenesia*, t. 1, p. 299, n. 4), les compilateurs ont fait deux ouvrages d'un seul ouvrage écrit par Javolenus sur Labéon. Sous la rubrique « Labeo libro... posteriorum a Javoleno epitomatorum », ils ont inséré les citations au discours direct de Labéon. Quant aux parties de l'ouvrage de Javolenus, où celui-ci citait Labéon au discours indirect et indiquait ses opinions personnelles, ils les ont insérées sous la rubrique : « Javoleno libro... ex posterioribus Labeonis ». Le fr. 40, § 3 D. 35-1, inséré dans la compilation sous la seconde rubrique, ne contient donc pas une citation au discours direct de Labéon par Javolenus, mais l'opinion personnelle de Javolenus.

(91) Paulus *lib. 11 ad edictum* : « *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuum a me accepit et tibi solvit : Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.* »

(92) Les deniers ayant été remis au maître à titre de paiement, il n'y a pas *in rem domini versio*.

n'a pas de pécule. Il nous dit qu'il en a un, mais que celui-ci ne contient rien (*cum in peculio nihil sit*). *Nihil esse in peculio* ne désigne pas l'absence de pécule mais l'inexistence de l'actif. D'ailleurs, si l'esclave n'avait pas eu de pécule, les deniers empruntés ne seraient pas devenus *peculiares* et n'auraient pu être donnés par l'esclave à titre de paiement. Or, nous le savons, en matière de pécule on tenait compte des dettes des esclaves envers leur maître avant que ces dettes aient été considérées comme des *debita naturalia* ou des *naturales obligationes*; et on se servait déjà pour les désigner du terme *debitum* (d'ailleurs *per abusioem*) (93).

La faculté pour les esclaves et les fils de s'obliger ou d'obliger naturellement n'est pas, comme on l'a soutenu, subordonnée à l'existence du pécule (94). Nous ne trouvons nulle part une semblable limitation. Au contraire, l'*obligatio naturalis servi* nous est présentée comme une conséquence du principe de

(93) Ce qui est d'ailleurs admis par M. Vazny.

(94) Selon Mandry, *Familiengüterrecht*, t. 1, p. 157, une obligation naturelle ne pouvait naître entre le *paterfamilias* et ses *subjecti* que lorsque ces derniers avaient un pécule. M. Perozzi, *Istituzioni* (première édition), t. 2, p. 25; (deuxième édition), t. 2, p. 35 suiv., soutient que l'existence du pécule était nécessaire pour qu'une *obligatio naturalis servi* puisse naître. M. Perozzi ne ratifie pas, en effet, l'*obligatio naturalis* à la conception d'un *jus naturale* distinct du *jus gentium*. C'est le pécule qui donnerait à l'esclave la faculté de s'obliger ou d'obliger naturellement. Le rapport d'obligation entre l'esclave et le maître dépendrait de la volonté de ce dernier de considérer l'esclave comme un étranger. De même, la dette contractée par l'esclave envers un tiers serait une dette naturelle, lorsque le contrat aurait été fait en considération de la capacité patrimoniale de l'esclave (celle que lui donne le pécule). Mais le point de départ de cette théorie n'est pas exact. V. au reste contre la théorie de M. Perozzi : Segrè, *op. cit.*, p. 526, n. 86. Sans doute, le maître peut retirer de l'actif du pécule la créance naturelle que son esclave possède contre lui (fr. 7, § 6, D. 15-1), mais il n'en résulte pas que le maître puisse à sa guise cesser d'être *debitor naturalis*.

l'égalité des hommes devant le droit naturel. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'en fait, l'*obligatio naturalis servi filiive* fut presque toujours élément d'un pécule, lorsqu'on eut admis l'existence de plein droit du pécule auprès de toute personne *in potestate*.

Indépendamment du pécule, l'*obligation naturalis servi filiive* pouvait produire certains effets : notamment, elle pouvait être léguée ⁽⁹⁵⁾, faire l'objet d'une fidéjussion ⁽⁹⁶⁾, et le paiement fait à son occasion échappait à la *conditio indebiti* ⁽⁹⁷⁾. Mais la formation de cette notion d'*obligation naturalis* eut, en matière de pécule, de très importantes conséquences que nous avons déjà en partie incidemment signalées au cours de cette étude et que nous aurons l'occasion de préciser dans les paragraphes suivants.

§ II. — LA SITUATION DU « SUBJECTUS » A L'ÉGARD DES « NOMINA PECULIARIA »

Section première : Point de vue général.

Le *subjectus* n'est pas créancier naturel, mais quasi-créancier des débiteurs du pécule.

Section deuxième : La faculté pour le filius d'agir en justice comme demandeur à titre personnel

I. Le droit pour le *filius* d'intenter *suo nomine*, dans certains cas, l'action d'injures (et l'action *in factum* contre l'affranchi du père coupable d'avoir assigné le fils sans autorisation). — II. Les autres actions. — Le fils ne pouvait pas les intenter *suo nomine*. Interpolation du fr. 9 D. 44-7.

(95) Fr. 40, § 3 D. 35-1.

(96) V. Ainsi fr. 16, §§ 3 et 4 D. 46-1; § 199 a Gaius Com. 3.

(97) V. ainsi fr. 64 D. 12-6 ; 16, § 4 D. 46-1.

Section première : Point de vue général.

Les *alieni juris*, nous le savons, n'étaient pas titulaires *jure civili*, des créances qu'ils acquéraient contre les tiers, que celles-ci d'ailleurs fassent ou non partie de l'actif de leur pécule. C'était le *paterfamilias* qui en était immédiatement et nécessairement investi en raison de son *jus adquirendi*.

Mais, on a soutenu que ce principe recevait un démenti dans le domaine du *jus naturale*, et, que la même créance contre les tiers investissait, à la fois, le *paterfamilias civiliter*, l'*in potestate naturaliter* ⁽¹⁰⁾.

La chose n'est pas à priori inadmissible. La *patria potestas*, sous la forme rigoureuse où elle était admise par le droit romain, par cela même qu'elle était ignorée de la plupart des législations étrangères, pouvait être considérée comme opposée aux pré-

(1) On le déduisait principalement du fr. 14 D. 44-7 où nous lisons : « *Servi... ex contractibus... naturaliter et obligantur et obligant* ». V. Cujas (Op. Omn., t. 8, p. 341) : « *Servo tenebatur naturaliter tantum, domino civiliter, l. nec servus, de pecul... In servilem personam cadit obligatio naturalis, non civilis, sed quæ civilis in eadem cadere non potest, domini fit propria; et vicissim cum servus obligatur alteri ex contractu, obligatur naturaliter tantum, dominus ejus civiliter, id est, prætorïa actione de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu.* » Puchta (Cursus, t. 2, p. 316) interprétait dans le même sens le fr. 14 D. 44-7. Il l'invoquait pour établir que l'esclave devenait *naturalis debitor* quand il avait acquis une créance en suite d'un contrat conclu en vue de l'administration de son pécule. Puchta voyait des conséquences de ce principe : 1° dans la libération des débiteurs qui avaient payé de bonne foi à l'esclave affranchi croyant que son pécule lui avait été laissé (fr. 32 D. 46-3); 2° dans l'impossibilité pour l'ancien maître et les tiers débiteurs du pécule de répéter le paiement qu'ils avaient fait *post manumissionem* (fr. 3 D. 40-3; 64 D. 12-6). V. en ce sens également Boulard, *op. cit.*, p. 310, n. 4. V. en sens contraire : Savigny, *Droit romain*, t. 2, p. 398, n. 2; Mandry, *op. cit.*, t. 1, p. 94; Massol, *De l'obligation naturelle et de l'obligation civile en droit romain et en droit français*, p. 173, n. 1; Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 186 suiv.; Pringsheim, *op. cit.*, p. 359; Vazny, *op. cit.*, p. 157.

ceptes des *jura gentium* et *naturale* ; quant à l'esclavage il était *contra naturam*. Le *jus naturale* ne devait-il pas alors méconnaître, d'une part, cette représentation nécessaire du *paterfamilias* par ses *subjecti*, conséquence du *dominium* qui pèse sur les esclaves, de la *patria potestas* qui frappe les fils ; d'autre part, l'incapacité des esclaves ? Un texte d'Ulpien, le fr. 14 D. 44-7, semble, en outre, au premier abord, confirmer cette manière de voir.

En réalité, les jurisconsultes n'ont pas admis ce démembrement en créances civiles appartenant au *paterfamilias* et en créances naturelles appartenant à l'*alieni juris*, des créances acquises par celui-ci contre les tiers.

Le principe de l'acquisition nécessaire au *paterfamilias* s'appliquait, en effet, même aux créances naturelles que l'*alieni juris* avait acquises *suo nomine*. Cela résulte nettement de la *lex frater a fratre* (fr. 38 pr. D. 12-6), où Africain et Julien comptent dans le patrimoine du père défunt la créance naturelle née entre ses fils et appartenant au pécule du *filius* créancier (2).

Cette règle qui, dans l'hypothèse envisagée par Julien et Africain, conduisait à un résultat conforme au principe de l'homogénéité du pécule, trouvait un point d'appui dans la conception que les jurisconsultes se faisaient de l'*obligatio naturalis*. Celle-ci, bien que n'étant pas une véritable *obligatio*, constituait cependant une valeur patrimoniale (3). Les rè-

(2) Cf. fr. 9, § 3 D. 15-1.

(3) Cf. fr. 1, § 17 D. 35-2.

gles du droit positif, même si elles étaient contraires au *jus naturale*, pouvaient, dans ces conditions, s'appliquer à l'obligation naturelle. On comprend aisément que les jurisconsultes n'aient pas considéré comme des créances naturelles de *l'alieni juris* celles acquises par celui-ci contre les tiers, puisque, même si ces créances n'avaient été que naturelles, elles auraient encore investi de plein droit le *paterfamilias* et lui seul.

Un texte d'Ulpien, d'ailleurs, nous montre que *l'alieni juris* ne devenait pas *naturalis creditor* des tiers. Ulpien nous dit au fr. 26, § 8, D. 12-6 : « *Qui filiofamilias solverit, cum esset ejus peculiaris debitor, si quidem ignoravit ademptum ei peculium, liberatur : si scit et solvit, condictionem non habet, quia sciens indebitum solvit* » (4). Si le jurisconsulte déclare valable le paiement fait au fils après l'*ademptio peculii*, c'est uniquement en considération de la bonne foi du tiers, non en raison d'une créance naturelle dont le fils se trouverait encore investi. Lorsque le débiteur a eu connaissance de l'*ademptio peculii*, il ne peut répéter le paiement qu'il a fait ; mais est-il libéré ? et la non répétition s'explique-t-elle par la qualité de créancier du fils ? Nullement, le débiteur a bien payé l'indu et en ce faisant il ne s'est pas libéré envers le *paterfamilias*. S'il ne peut pas intenter la *condictio*, c'est qu'il a payé l'indu en connaissance de cause (« *quia sciens indebitum solvit* »).

Ainsi, après l'*ademptio peculii*, rien n'est dû au

(4) Cf. toutefois, contre l'authenticité de ce texte Siber, *op. cit.*, p. 37, n. 1.

fil ; celui-ci n'est pas créancier même naturellement. Si le fils était de plein droit créancier naturel des tiers débiteurs du pécule, il ne pourrait pas dépendre de la seule volonté du *paterfamilias* de lui faire perdre cette qualité. Autrement dit, l'*ademptio* aurait pour unique résultat de faire perdre au fils le bénéfice qu'il retirerait de la possession de la créance civile comme actif de son pécule, mais elle ne pourrait pas le priver de sa créance naturelle.

Le fragment 14 D. 44-7 énonce-t-il une doctrine différente, et devons-nous, pour ce motif, le croire interpolé ? Ulpien ⁽⁵⁾ nous dit ici : « *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent : ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor* ⁽⁶⁾ ».

Si on ne tient pas compte de la dernière phrase « *denique* etc. », il ne résulte nullement du texte d'Ulpien que les esclaves puissent toujours devenir créanciers naturels en raison de leurs contrats, que ceux-ci soient conclus avec le *paterfamilias*, d'autres

(5) Ulpianus lib. 7 disputationum.

(6) M. Siber (op. cit., p. 35) rectifie ainsi ce texte : « *Servi ex delictis quidem obligantur [et], si manumittantur, [obligati remanent :] ex contractibus autem [civiliter quidem] non obligantur, [sed naturaliter ... liberor]* ». — V. également contre l'authenticité de ce texte : Pringsheim, op. cit., p. 359 ; Pacchioni, op. cit., p. 47 ; Beseler, Tijdschrift, t. 8 (1928), p. 324 ; Vazny, op. cit., p. 157.

La phrase « *Servi ex delictis...* » n'est pas interpolée ; v. Lenel, Z. S. S. f. R., t. 47 (1927), p. 18. Nous n'admettons pas non plus l'interpolation des mots *civiliter quidem*. La phrase « *sed naturaliter...* » ne doit pas être supprimée complètement. L'opposition faite dans ce texte entre l'incapacité civile des esclaves et leur capacité naturelle est des plus admissibles. On peut seulement se demander si le texte ne se terminait pas ainsi : « *Sed naturaliter obligantur* ».

subjecti ou des tiers. Ulpien oppose ici à l'incapacité juridique des esclaves celle qu'ils possèdent *jure naturali*. Il lui suffisait de nous dire que les esclaves pouvaient s'obliger et obliger naturellement, sans préciser dans quelles hypothèses ces éventualités existaient. La formule qu'il emploie est exacte même si les esclaves ne peuvent obliger naturellement envers eux que leur propre maître (7).

Cette partie du texte est-elle interpolée ? On peut relever un défaut de symétrie entre les deux termes de l'opposition faite ici par Ulpien. En effet, le jurisconsulte ne s'occupe de la capacité des esclaves, au point de vue du droit civil, qu'en ce qui concerne la faculté de s'obliger, non celle d'obliger, tandis qu'il nous parle également de cette dernière lorsqu'il se place au point de vue du droit naturel. On pourrait songer à une interpolation consistant dans l'introduction du mot *et* devant *obligantur*, et après, des mots *et obligant*. Mais il n'est pas certain qu'il y ait eu interpolation et la manière dont s'exprime Ulpien s'explique à la rigueur.

Beaucoup plus suspect est l'exemple qui termine notre texte : « *denique, etc.* » Ulpien nous présente comme une conséquence de la règle qu'il vient d'énoncer le fait que le paiement fait à l'affranchi *post*

(7) Machelard (*l. c.*) explique ainsi ce texte : « Ulpien, dit-il, veut simplement indiquer que les rapports de créancier et de débiteur s'établissent en fait entre l'esclave et le tiers contractant, ce qui permet à l'esclave de recevoir le paiement et autorise à le qualifier en quelque sorte et naturellement comme étant créancier. » Cette explication ne nous paraît pas vraisemblable. On peut difficilement supposer qu'Ulpien ait employé les mots : (*naturaliter*) *obligant*, avec une signification non technique, d'autant plus, que les mots *naturaliter obligantur* sont employés techniquement.

manumissionem est libératoire. Or le débiteur peut être aussi bien un tiers quelconque que le maître, puisque le jurisconsulte ne précise pas ce point.

Les doutes, cependant, proviennent non de la solution proposée, mais du rapport dans lequel elle se trouve ici avec la règle : *ex contractibus servi naturaliter obligant*.

Ulpien nous dit au fr. 18 D. 46-3 que le paiement fait *post manumissionem* à un ancien esclave qui avait été chargé de gérer les biens de son maître, est libératoire si le débiteur ignore l'affranchissement. Il ajoute que, s'il s'agit d'une créance du pécule, le débiteur sera libéré, même s'il a eu connaissance de l'affranchissement, pourvu qu'il ne sache pas que le pécule ait été retiré (8). D'où nous déduisons que le débiteur s'acquitte en payant à l'ancien esclave affranchi entre vifs, quand celui-ci a gardé son pécule (9). Lorsque le pécule est retiré ou lorsqu'il ne s'agit pas de *nomina peculiaris*, le débiteur n'est libéré qu'en considération de sa bonne foi, mais l'affranchi n'a pas qualité pour recevoir paiement.

A quel titre l'affranchi peut-il recevoir le paiement des *nomina peculiaris*, lorsque son pécule ne lui a pas été enlevé ? Ce n'est certainement pas en qualité de créancier civil. Car, si le pécule est présumé donné à l'esclave affranchi entre vifs, cette présomption de donation ne porte que sur les *res peculiares corporales*, les créances demeurant dans le patrimoine de

(8) Une décision identique est rendue par Julien au fr. 32 D. 46-3.

(9) V. au reste fr. 3 D. 40-3.

l'ancien maître, à moins d'une cession régulière. Les *nomina pecularis* appartiennent à l'ancien *dominus*, et cependant l'affranchi peut valablement en recevoir le paiement. Est-ce parce que l'affranchi est créancier naturel des anciens débiteurs de son pécule ? L'était-il avant l'affranchissement ? Certainement non. En effet, le retrait du pécule au moment de l'affranchissement lui enlève toute qualité pour recevoir paiement ; or, le maître ne pourrait pas retirer à son esclave le titre de *creditor naturalis*. Il faut bien admettre dans ces conditions que, si l'affranchi est un *naturalis creditor*, il ne l'est que du jour de l'affranchissement et quand le pécule n'a pas été retiré. Mais est-ce là une chose admissible ? Disons-nous que l'esclave n'est pas *naturalis creditor* pendant la servitude, mais le devient après l'affranchissement, quand il garde avec lui ses *res peculiares corporales* ? Comment la qualité de *naturalis creditor* peut-elle être conditionnée par la possession des *res peculiares corporales* ?

La règle selon laquelle l'affranchi qui a gardé ses *res peculiares corporales* peut valablement recevoir le paiement des *nomina pecularia*, est sans doute bien antérieure à la formation de la notion d'*obligatio naturalis*. Elle s'inspire, à la fois, de la volonté probable du maître et de l'intérêt des tiers. Elle n'implique pas la qualité de créancier naturel chez l'affranchi.

Durant l'esclavage, l'esclave a qualité pour recevoir paiement des *nomina pecularia*, mais, bien entendu, il ne peut exercer contre les débiteurs du

pécule aucune poursuite. On suppose que le maître, en ne retirant pas le pécule au moment de l'affranchissement, entend laisser les choses dans l'état où elles se trouvent alors : le nouvel affranchi garde les *res peculiares* qui sont déjà en sa possession et, comme auparavant, il peut recevoir paiement, tandis que le maître seul peut poursuivre. C'est le maintien de l'état de choses antérieur, maintien que le maître est censé avoir voulu par le seul fait qu'il n'a pas pris de dispositions spéciales au moment de l'affranchissement ⁽¹⁰⁾.

Ulpien pouvait donc nous dire, comme nous le lisons au fr. 14 D. 44-7 : « *Si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor* », le non retrait du pécule étant sous-entendu ; mais il ne pouvait pas nous présenter cette règle comme une conséquence de la maxime : *ex contractibus servi naturaliter obligant*.

Il en serait différemment si, dans l'exemple choisi, l'emprunteur était l'ancien maître, car, dans ce cas, l'esclave serait bien créancier naturel avant l'affranchissement et tiendrait de ce titre la faculté de recevoir paiement. Aussi, a-t-on soutenu qu'Ulpien sous-entendait *meo* après *servo*. Le mot *meo* ne peut pas avoir été sous-entendu. Les jurisconsultes s'expriment d'habitude plus clairement. On pourrait à la rigueur admettre que le mot *meo* a été effacé volontairement ou involontairement au moment de la ré-

(10) Cela est si vrai, que le paiement n'est libératoire *post manumissionem* ou *emancipationem* — le pécule n'étant pas retiré — que si le *paterfamilias* ne s'oppose pas au paiement ; v. Frag. Vat. 260.

daction de ce fragment. Mais cela est encore peu vraisemblable car le mot *liberor* semble plutôt impliquer que le débiteur est passible de poursuites, qu'il peut être contraint de s'acquitter ⁽¹¹⁾.

A notre avis, Ulpien terminait ce texte, ou bien par les mots : *sed naturaliter obligantur*, ou bien par les mots : *sed naturaliter et obligantur et obligant* ; plus vraisemblablement de cette dernière façon. Les compilateurs ont alors donné à cette maxime une portée très large. Ils ont ajouté au texte d'Ulpien un exemple puisé dans une autre partie de son œuvre, et ils ont fait ainsi de la faculté pour l'affranchi de recevoir paiement des créances qu'il avait autrefois acquises, une conséquence de sa capacité d'obliger naturellement.

Les *alieni juris*, à l'époque classique, n'étaient pas créanciers naturels, même des débiteurs du pécule. S'ils n'étaient ni créanciers civils, ni créanciers naturels des débiteurs du pécule, ils en étaient quasi-créanciers, de même qu'ils étaient quasi-propriétaires des *res peculiares corporales*. Les *nomina peculiarum* et leurs intérêts grossissaient le gage que les *subjecti* pouvaient offrir aux tiers. Sans doute, il dépendait du bon vouloir du maître de poursuivre les débiteurs du pécule ; mais le maître n'était pas complètement libre car les créanciers du *subjectus* pouvaient le contraindre de verser au pécule le montant de ces créances.

(11) V. en ce sens Vazny, *op. cit.*, p. 157.

Section deuxième : La faculté pour le « filius » d'agir en justice comme demandeur à titre personnel.

Que l'esclave ne soit que quasi-créancier des débiteurs de son pécule, cela n'est pas douteux. Mais ne faut-il pas distinguer entre l'esclave et le fils, et admettre que ce dernier était investi, *jure civili*, de créances contre les tiers, notamment de créances pouvant faire partie de son pécule ? Il est en effet question au digeste d'actions que le fils de famille peut intenter *suo nomine*, ce qui implique chez lui la qualité de créancier *jure civili*.

Qu'un fils de famille puisse intenter une action du droit privé *suo nomine*, cela constitue, semble-t-il, une importante entorse aux principes généraux du droit romain.

A l'époque classique, le fils de famille, pleinement capable de s'obliger, pouvait paraître en justice à titre personnel comme défendeur. « *Filius familias*, dit Gaius ⁽¹²⁾, *ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest* ». Il pouvait également agir en justice au nom d'autrui. Il pouvait enfin intenter certaines poursuites criminelles, et cela à l'exclusion de son *paterfamilias*, même *invito patre* : ainsi, celles prévues par les lois *Cornelia de injuriis* et *Julia de*

(12) Fr. 29 D. 44-7.

adulteriis coercendis ⁽¹³⁾. Mais, en ce qui concerne les actions du droit privé, encore à l'époque de Paul et en principe, le fils de famille ne pouvait pas agir en justice *suo nomine* ⁽¹⁴⁾. Quels droits le fils pourrait-il faire valoir en justice s'il ne peut être ni propriétaire ni créancier ?

Cependant, Paul, qui énonce ce principe, est censé dans la compilation en limiter ainsi la portée : « *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat.* »

On a même déduit, d'autres textes du digeste, que le fils pouvait intenter *suo nomine*, dans certains cas, toutes les actions nées de délits le concernant ou de contrats passés par lui, autrement dit, presque toutes les actions sanctionnant les créances de son pécule ⁽¹⁵⁾.

Nous croyons qu'en réalité, seule l'action d'injures pouvait, à l'époque classique, être intentée, dans certains cas, par un fils de famille *suo nomine*. C'était là une exception établie par le préteur et que justifiait la qualité de *civis romanus* du fils, comme le caractère avant tout moral de l'action *injuriarum* ⁽¹⁶⁾.

(13) V. pour la première fr. 5, §§ 6 et 7, D. 47-10 et pour la seconde fr. 6, § 2, D. 48-5 cf. 38 (37) D. eod. v. Solazzi *Bullet.*, t. 11, p. 173; Boulard, S. *Julianus*, p. 354.

(14) Fr. 9 D. 44-7.

(15) V. Solazzi, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio*, *Bull.*, t. 11 (1898), p. 178 suiv. V. également Accarias (*Précis*, t. 2, p. 945) qui soutient que les fils de famille pouvaient intenter en leur nom toutes les actions nées de leur chef, à condition d'employer une formule *in factum*.

(16) Sur le caractère moral de l'*actio injuriarum* v. de Visscher, *Etudes de droit romain*, Sirey 1931, p. 120-121.

I. — Le droit pour le *filius* d'intenter l'action d'injures *suo nomine* trouve sa source dans un édit prétorien dont Ulpien nous rapporte les termes au fr. 17, § 10, D. 47-10. Le préteur décida : « *Si ei, qui in alterius potestate erit, injuria facta esse dicetur et neque is, cujus in potestate est, præsens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat : causa cognita ipsi, qui injuriam accepisse dicetur, judicium dabo* » (17).

A quel titre le *filius* était-il appelé par le préteur à intenter l'action *injuriarum* ? La jurisprudence classique a-t-elle élargi les termes de cet édit, soit en accordant au fils *suo nomine* l'action *injuriarum* que le préteur ne lui aurait permis d'intenter que *nomine patris*, soit en lui accordant cette action dans des hypothèses non prévues par l'édit ?

Pour que le *filius* puisse intenter *suo nomine*, même dans des cas exceptionnels, l'action *injuriarum*, il faut qu'il puisse être l'objet d'une *injuria*, c'est-à-dire que les offenses qui lui sont personnellement faites soient répressibles.

Lorsqu'une injure était faite à un esclave, aucun droit à réparation ne naissait, à moins que le maître de cet esclave ait été lui-même atteint en la personne de celui-ci. Le maître avait dans ce cas l'action *injuriarum*, mais à titre personnel, lui-même étant la victime du délit et la seule (18). S'il en avait été ainsi

(17) Cet édit fut rendu à la fin de la République: v. Desserteaux, Etudes sur la formation historique de la *capitis deminutio*, t. 2 (1), p. 246; Girard, Les jurés et l'action d'injures, Mélanges Girardin, p. 259, n. 3, cité par M. Desserteaux.

(18) Gaius Com. 3, § 222.

pour le *filius*, on n'aurait jamais songé à lui accorder *suo nomine* l'action d'injures ; conçoit-on que le *filius* demande à titre personnel la réparation d'une *injuria* dont il n'a pas été l'objet ⁽¹⁹⁾ ? Mais le *filius* était *civis romanus*, il pouvait occuper dans la cité un rang social élevé, on dut admettre de bonne heure que les offenses qui lui étaient faites constituaient des *injuriæ* répressibles.

Comme le *paterfamilias* pouvait être également atteint par l'*injuria* faite au *filius*, il en résultait que, parfois, le même fait constituait en même temps une *injuria* à l'égard du *pater* et une *injuria* à l'égard du *filius* ⁽²⁰⁾. L'auteur du délit était alors passible de deux chefs de condamnation, nettement distingués par les jurisconsultes classiques, et que le *paterfamilias* pouvait faire valoir dans des actions distinctes,

(19) C'est ce que M. Solazzi (*op. cit.*, p. 172-173) semble ne pas avoir vu. L'auteur, si nous interprétons exactement sa théorie, pense, en effet, que le préteur avait bien permis au fils d'agir *suo nomine* par l'action d'injures, mais sans lui reconnaître cependant une propre action. Par la suite seulement, et sous l'influence des règles admises relativement à l'action de la loi Cornelia, on en serait venu à considérer l'*injuria* comme ayant atteint non seulement le *pater* mais également le *filius*; d'où la coexistence de deux actions : l'une *patris*, l'autre *filiis nomine*. M. Solazzi soutient d'ailleurs que la jurisprudence classique a fini par étendre à toutes les actions la règle énoncée par le préteur dans l'édit, tandis qu'elle faisait un pas de plus en ce qui concerne l'action d'injures, admettant l'existence d'une propre action *injuriarum filii*.

Le préteur, pas plus que les jurisconsultes classiques, n'aurait pu permettre au fils d'agir en son propre nom pour une injure ne le concernant pas. Le droit d'agir comme demandeur *suo nomine* implique nécessairement la qualité de créancier. En donnant au *filius* l'action publique d'injures on n'a pas consacré pour la première fois le droit du *filius* à la répression de l'*injuria* qui l'avait personnellement atteint. On n'a fait qu'appliquer un principe relativement ancien, qui trouve à notre sens une confirmation très nette déjà dans l'édit du préteur, à savoir : que le fils est considéré comme personnellement atteint par l'outrage, lequel peut constituer une *injuria* répressible non seulement à l'égard du *pater*, mais encore à l'égard du fils.

(20) V. Gaius Com. 3, § 221.

intentées, l'une *suo nomine*, l'autre *nomine filii* : « *Pater, cujus filio facta est injuria*, dit Neratius ⁽²¹⁾, *non est impediendus, quo minus duobus judiciis et suam injuriam persequatur et filii* ». L'injure faite au fils et celle faite au *pater* pouvaient être appréciées différemment : « Si, dit Ulpien ⁽²²⁾, *filio injuria facta sit, cum utrique tam filio quam patri adquisita actio sit, non eadem utique facienda æstimatio est* ». Paul nous en donne cette raison ⁽²³⁾ : « *Cum possit propter filii dignitatem major ipsi quam patri injuria facta esse* ». On pouvait dans ces conditions songer à accorder au *filius*, sinon toujours, du moins dans certains cas, *suo nomine*, l'action d'injures que le *pater-familias* avait le droit d'intenter *nomine filii*.

On admet en général qu'à l'époque classique, le *filius*, lorsqu'il était habile à intenter l'action d'injures, l'intentait *suo nomine* ⁽²⁴⁾ et cela est nettement affirmé par différents jurisconsultes. Paul nous dit ainsi ⁽²⁵⁾ : « *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum...* », et Gaius ⁽²⁶⁾ : « ... *Quia aliquando filius familias habet actionem* [*veluti*] ⁽²⁷⁾ *injuriarum* ». Enfin nous lisons dans

(21) Fr. 41 D. 47-10 Neratius *lib. 5 Membranarum*.

(22) Fr. 30, § 1, D. 47-10 Ulpianus *lib. 42 ad Sabinum*.

(23) Fr. 31 D. 47-10 Paulus *lib. 10 ad Sabinum*.

(24) V. ainsi : Pernice, Labeo, t. 1, p. 160; Savigny, Droit romain, t. 2, p. 98; Mandry, *op. cit.*, t. 1, p. 204 suiv.; Solazzi, *op. cit.*; Boulard, *op. cit.*, p. 354 suiv.; Duquesnes, *Translatio judicii* (Annales de l'Université de Grenoble, t. 2, 1910), p. 685; Desserteaux, Etudes sur la formation historique de la *capitis deminutio*, t. 2 (1), p. 246; Declareuil, Rome et l'organisation du droit, p. 135; Girard, *op. cit.*, p. 150; Vermond, *op. cit.*, t. 1, p. 119, suiv.

(25) Fr. 9 D. 44-7.

(26) Fr. 30 pr. D. 2-14.

(27) Les compilateurs, qui reconnaissent au fils le droit d'intenter *suo nomine* un certain nombre d'actions, ont introduit ici le mot *veluti*, afin que l'action d'injures n'apparaisse mentionnée qu'à titre d'exemple. Les jurisconsultes classiques, au contraire,

deux textes d'Ulpien (fr. 17, § 22, D. 47-10) : « *Idem* (Julianus) ait *filio familias injuriarum nomine actionem dari, quotiens nemo est, qui patris nomine experiatur, et hoc casu quasi patrem familias constitui...* » et (fr. 17, § 20, D. 47-10) : « *...Intellegi autem filium, inquit, familias suo nomine agere, cum patre cessante prætor ei agere permittat* ».

De ce que le *filius* agit *suo nomine*, non *nomine patris*, il en résulte ces deux conséquences bien dégagées par la jurisprudence classique : 1° que le *filius* n'est pas tenu de fournir la caution *de rato* ⁽²⁸⁾; 2° qu'il peut *dare procuratorem* ⁽²⁹⁾.

Cependant, malgré ces nombreux témoignages, on a soutenu que le prêteur et les jurisconsultes classiques n'avaient autorisé le *filius* à intenter l'action

n'autorisaient le fils à intenter *suo nomine* par voie de la procédure formulaire que l'action estimatoire d'injures et l'action *in factum* contre l'affranchi du père qui avait assigné le fils sans autorisation. Cette seconde action n'a été donnée au *filius*, semble-t-il, que sur l'initiative d'Ulpien. Gaius devait donc mentionner l'action d'injures, non à titre d'exemple, mais comme étant l'action que le fils peut intenter *suo nomine*. Le jurisconsulte nous disait ainsi que le fils de famille pouvait intenter parfois (*aliquando*) *suo nomine* l'action d'injures. Ce qui est vrai, cette action ne pouvant être intentée par le fils que dans certains cas.

(28) Fr. 5, § 7, D. 47-10.

(29) Fr. 17, §§ 19 et 20, D. 47-10.

M. Albertario (*Contributo allo studio della procedura civile giustiniana*. — *Rivista italiana sc. giur.*, t. 52, 1912, p. 28, n. 2), qui ne croit pas que le fils de famille ait pu, à l'époque classique, intenter *suo nomine* l'action d'injures écarte de la manière suivante l'argument très fort qui se déduit de ces textes. Si, nous dit-il, le *filius* pouvait agir en son nom, il aurait eu naturellement le droit de *dare procuratorem*; or, au § 19, Julien est obligé de justifier ce droit par des considérations d'ordre essentiellement pratique. M. Albertario ajoute que le fils ne peut *dare procuratorem* que dans des cas exceptionnels (fr. 8 pr. D. 3-3). Le motif d'ordre pratique indiqué par Julien au § 19 n'est pas exclusif de tout autre. Julien lui-même déclare que le *filius* peut *dare procuratorem* (*cognitorem*) parcequ'il agit en son nom. La raison pratique donnée au § 19 ne fait que renforcer le motif juridique indiqué au § 20. Quant à l'argument que M. Albertario déduit du fr. 8 pr. D. 3-3, il est sans valeur. Le fils de famille ne pouvait pas toujours intenter l'action d'injures, mais, lorsque cela lui était permis, il agissait *suo nomine*, non *nomine patris*, et pouvait en conséquence *dare procuratorem*.

d'injures que comme représentant de son *pater* ⁽³⁰⁾. Le principal argument que l'on ait fait valoir en ce sens est déduit de ce que le *filius*, à l'époque classique, ne peut intenter l'action d'injures que dans des cas exceptionnels, et non contre le gré de son *paterfamilias*. A l'appui de cette théorie, on a soutenu l'interpolation de certains textes, étendant les cas d'application de l'édit, ou dans lesquels on a cru lire que l'action d'injures compétait toujours au *filius*. Mais l'argument est sans force, car Julien ⁽³¹⁾, qui nous enseigne qu'une action doit être donnée au fils « *quotiens nemo est qui patris nomine experiatur* », donc pas toujours, ajoute : « *et hoc casu quasi patrem familias constitui* », c'est-à-dire que, dans ce cas, le *filius* est traité comme un *paterfamilias* et agit *suo nomine*.

Nous verrons plus loin pourquoi le fils ne peut intenter l'action d'injures que dans certains cas, mais l'intente alors *suo nomine*. Précisons dès maintenant les cas dans lesquels l'action d'injures était donnée au fils de famille.

Il est certain que, même à l'époque classique, le *filius familias* n'était pas toujours apte à intenter l'action d'injures ⁽³²⁾. C'est à tort qu'on déduirait le contraire du fr. 9 D. 44-7. Paul nous dit ici, sans autre précision, que le *filius* possède *suo nomine* l'action d'injures ; mais il sous-entendait vraisemblablement

(30) Albertario, *l. c.*

(31) Fr. 17, § 22, D. 47-10.

(32) V. notamment, outre le texte de l'édit (fr. 17, § 10, D. 47-10), les fr. 8 pr. D. 3-3 et 17, § 2, D. 47-10. L'action n'était donnée au fils que *causa cognita*, c'est-à-dire après un examen des motifs que le fils pouvait avoir d'agir lui-même (v. fr. 17, §§ 10 et 17, D. 47-10).

blement les conditions sous lesquelles cette action pouvait être exercée par le *filius*. En effet, ces conditions, Paul n'avait pas à nous les faire connaître ici ; il lui suffisait de nous dire qu'il y avait, relativement à l'action d'injures, exception au principe qu'il venait d'énoncer : « *Filius familias suo nomine nullam actionem habet* ⁽³³⁾ ».

Le préteur promettait un *judicium* au *filius* offensé, lorsque le père étant absent, il n'y avait personne qui agisse en son nom. Les jurisconsultes classiques, d'après la compilation, semblent avoir encore accordé ce *judicium* en cas de démence du *paterfamilias* ⁽³⁴⁾, de négligence ou de collusion du *procurator* du père ⁽³⁵⁾, enfin lorsque le *paterfamilias* est assez *vilis* pour remettre l'injure faite au *filius* ⁽³⁶⁾. Mais l'étude critique des textes a révélé qu'en réalité les jurisconsultes n'avaient nullement envisagé ce dernier cas ⁽³⁷⁾. En accordant l'action au *filius* dans les deux autres, ils n'ont fait que déduire de l'édit, par une interprétation large, des solutions qu'il contenait implicitement. En effet, le père dément est *absentis loco* ; d'autre part, lorsque le *procurator* est coupable de négligence ou de collusion, peut-on dire que le *paterfamilias* absent a laissé un *procurator qui eo nomine agat* ? On pouvait fort bien admettre

(33) Cf. Solazzi, *op. cit.*, p. 177.

(34) Fr. 17, § 11, D. 47-10.

(35) Fr. 17, §§ 15 et 17, D. 47-10.

(36) Fr. 17, §§ 13 et 14 D. 47-10 (sur la *translatio iudicii* dont il est question au § 14, v. Duquesnes, *op. cit.*, p. 684 suiv.).

(37) Le § 13 du fr. 17 est complètement interpolé, v. Solazzi, *op. cit.*, p. 168 ; Albertario, *l. c.* Au § 14 de ce fragment, les mots : *vel etiam neglegere executionem pater vilis* émanent des compilateurs : v. Solazzi, *op. cit.*, p. 169 ; Albertario, *l. c.* ; Kunkel, *Z. S. S. f. R.*, t. 45 (1925), p. 320

que le préteur ne songeait qu'à un *procurator* agissant effectivement et utilement (38).

Nous ne pensons pas non plus, que les jurisconsultes classiques aient été les premiers à accorder au *filius, suo nomine*, l'action d'injures (39). Le préteur semble bien autoriser le fils à agir *suo nomine* lorsqu'il dit : « *...ipsi qui injuriam accepisse dicetur judicium dabo* ». Le préteur, comme les jurisconsultes classiques, distinguait l'injure faite au *filius* de celle faite par contre-coup au *pater* ; et l'*injuria* pour laquelle il donnait une action au *filius* est celle qui avait atteint celui-ci personnellement. L'édit commence, en effet, par cette formule : « *Si ei qui in alterius potestate erit injuria facta esse dicetur* ». Le préteur ne pouvait désigner ainsi que l'*injuria* ayant atteint personnellement le *filius* et non celle qui a pu atteindre indirectement le *paterfamilias*. S'il en était autrement, ne devrait-on pas déduire de ce texte, en raison de l'imprécision du mot *ei*, qu'un *judicium* était promis même aux esclaves. Le texte de l'édit nous montre ainsi : 1° que le préteur admettait que le *filius* pouvait être personnellement atteint par une *injuria* ; 2° qu'en l'absence du *paterfamilias*, il donnait au *filius suo nomine* un *judicium* pour la répression de cette *injuria*.

Ce qui a laissé supposer le contraire, c'est que

(38) Cf toutefois, contre l'authenticité du § 15 fr. 17 D. 47-10, Kunkel, *l. c.*, et contre celle du § 17 Albertario, *l. c.*

(39) Ainsi M. Desserteaux, *op. cit.*, p. 246, pense qu'au cours de l'époque classique seulement, et sur l'initiative de Julien, on permit au fils d'intenter *suo nomine* l'action *injuriarum* que le préteur lui donnait *nomine patris* (v. également en ce sens Pernice, *op. cit.*, t. 1, p. 161).

presque tous les textes, d'où il résulte que le *filius* intente *suo nomine* l'action d'injures, émanant de Julien ou contiennent des citations de ce jurisconsulte. On était ainsi naturellement amené à supposer que les *jurisconsultes* classiques, sur l'initiative de Julien, avaient accordé au *filius, suo nomine*, le *judicium* que le prêteur ne lui donnait que *nomine patris*. A notre avis, Julien et les autres jurisconsultes n'ont fait qu'interpréter l'édit et développer l'idée qu'il contenait.

L'innovation prétorienne créait une situation juridique complexe et posait plusieurs problèmes. Le *filius* peut dorénavant, dans certains cas, intenter *suo nomine* l'action *injuriarum*. S'il peut agir en son propre nom, n'est-ce pas là la preuve qu'il est investi de la créance sanctionnée par l'action d'injures ? Mais, s'il en est ainsi, pourquoi ne peut-il pas toujours agir ? D'autre part, à quel titre le *paterfamilias* peut-il demander la réparation de l'injure faite à son fils ; l'action d'injures appartient-elle simultanément et concurremment au *paterfamilias* et au *filius* ?

L'action *injuriarum æstimatoria*, ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, devait appartenir au *paterfamilias* en vertu de son *jus adquirendi*, aussi le *paterfamilias* n'agissait-il pas comme représentant de son *filius* : il n'était pas tenu de fournir la caution *de rato* ⁽⁴⁰⁾ et l'action pouvait être inten-

(40) Fr. 39, § 4, D. 3-3 (Ulpianus *lib. 9 ad edictum*). Le fils pouvant, dans certains cas, intenter *suo nomine* l'action *injuriarum* née de son chef, on pouvait se demander si le *paterfamilias* n'agissait pas à titre de représentant du *filius* quand il intentait l'action *injuriarum nomine filii*. C'est ce doute que dissipe le texte d'Ulpien. V. Solazzi, *op. cit.*, p. 172.

tée par son *procurator*. Le *paterfamilias* enfin pouvait transiger ⁽⁴¹⁾, et même pardonner l'injure ⁽⁴²⁾ et, dans ce cas, le droit du fils était éteint ⁽⁴³⁾. D'ailleurs, pendant la durée de la puissance paternelle, l'action n'était donnée au *filius* que lorsqu'il était à présumer que le *paterfamilias* aurait agi si cela lui avait été possible ⁽⁴⁴⁾.

Mais le *filius* faisait lui aussi figure de créancier. Nous savons que, dans les cas où il pouvait intenter l'action d'injures, il agissait *suo nomine*, qu'il n'était pas tenu de fournir la caution *de rato*, qu'il pouvait *dare procuratorem*. Le *filius*, sorti de puissance, pouvait intenter l'action d'injures en raison de faits passés alors qu'il était *in patria potestate*, même en cas d'émancipation ou d'exhérédation ⁽⁴⁵⁾. Julien lui permit encore de poursuivre, après sa sortie de puissance, l'instance qu'il avait engagée auparavant ⁽⁴⁶⁾. Enfin, le *curator* du *paterfamilias*, lorsqu'il intentait l'action d'injures *nomine filii*, apparaissait à la fois comme *procurator* du *paterfamilias* et *procurator* du *filius*. Il devait, en effet, garantir le défendeur, non seulement vis-à-vis du *paterfamilias*, mais encore vis-à-vis du *filius* ⁽⁴⁷⁾.

Le *paterfamilias* et le *filius* semblent être investis

(41) Fr. 30 pr. D. 2-14.

(42) Fr. 17, § 12, D. 47-2.

(43) Le § 13 du fr. 17 D. 47-2 est interpolé.

(44) Fr. 17, § 12, D. 47-2 (Ulpianus *lib. 57 ad edictum*).

(45) Fr. 22, §§ 9 et 10, D. 46-8 (Julianus *lib. 56 digestorum*) — Cf. fr. 17, §§ 14 et 22 D. 47-10. — Vraisemblable est l'interpolation de la phrase: *quid enim*, au § 10 du fr. 22, soutenue par M. Albertario. Mais on ne peut en déduire, avec M. Albertario, l'interpolation du § 9 de ce fragment. L'interpolation du § 10 est purement complétative et s'inspire du § 9.

(46) Fr. 17, § 22, D. 47-10. Ce paragraphe paraît interpolé depuis: *esse enim*; v. Beseler, *Beiträge*, t. 3, p. 34.

(47) Fr. 22, §§ 9 et 10, D. 46-8.

tous deux de la créance née de l'*injuria*. Cela s'explique. Le *filius* a droit en qualité d'homme libre et de *civis romanus* à la réparation du préjudice moral qui lui a été causé ; mais l'action d'injures, ayant pour enjeu une somme d'argent, doit en raison du *jus acquirendi* du *paterfamilias* appartenir à ce dernier. Elle ne lui appartient cependant que pendant la durée de la puissance paternelle, car le droit à réparation est attaché à la personne du *filius*. Le *filius*, pendant qu'il est en puissance, n'est pas complètement dépouillé au profit de son *pater* de la créance née de l'*injuria* ; seulement son droit alors latent ne prend toute sa force qu'après l'extinction de la puissance paternelle et auparavant dans quelques cas spéciaux.

L'exception apportée en matière d'action d'injures, au principe : *filius familias suo nomine nullam actionem habet*, s'explique en considération de la personnalité civique du *filius* et du caractère moral de l'action *injuriarum*. Nous nous trouvons ici dans un domaine étranger au droit du pécule. Il est d'ailleurs contestable que l'action *injuriarum* ait fait partie du pécule ⁽⁴⁸⁾. On peut seulement supposer que la condamnation une fois prononcée, la somme obtenue par le *filius* ou son *pater* allait au pécule.

Le *filius* fut également autorisé à intenter *suo nomine*, dans les mêmes conditions que l'action *injuriarum*, une action pénale contre l'affranchi de son père, coupable de l'avoir assigné sans autorisation ⁽⁴⁹⁾. Cette action poursuivait le même but que

(48) Cf. fr. 28 D. 47-10 ; 2, § 4, D. 37-6 ; v. de Visscher, *l. c.*

(49) Fr. 12 D. 2-4.

l'action *injuriarum* et on pouvait aisément lui étendre la clause de l'édit, qui permettait au fils d'intenter *suo nomine* l'action d'injures (50).

II. — Relativement aux autres actions, il n'y avait plus les mêmes motifs, que pour l'action *injuriarum* ou l'action *in factum* contre l'affranchi du père, pour permettre au fils d'agir *suo nomine* ; et nous croyons, malgré l'enseignement contraire de quelques textes, que seules l'action *injuriarum* et l'action *in factum* contre l'affranchi du père pouvaient être intentées par un fils *suo nomine* (51).

M. Solazzi (25) a soutenu qu'à l'époque d'Ulpien, le fils pouvait intenter *suo nomine*, en l'absence de son *pater*, toutes les actions nées de délits le concernant ou de contrats passés par lui (53). Cette théorie hardie

(50) La *querela inofficiosi testamenti*, comme l'action d'injures et l'action pénale *in factum* contre l'affranchi présentait un intérêt moral. Elle avait, elle aussi, pour but la répression d'une *injuria*, celle que le défunt avait commise envers l'héritier en violant l'*officium pietatis*. Or le *filius* pouvait être héritier *ab intestat*. Il eut sans doute le droit d'intenter la *querela* par la voie de la procédure extraordinaire. Mais on comprend aisément qu'il n'ait pu agir, ni en son propre nom, ni comme représentant du *paterfamilias*, devant le tribunal des Centumvirs (*legis actio per sacramentum*). Le *filius*, en effet, n'était pas *capax legis* et la représentation n'était pas possible en matière de *legis actiones* (v. fragment du Sinaï 18; Gaius Com. 2, § 96; Com. 4, § 82; fr. 123 D. 50-17; v. Solazzi, *op. cit.*, p. 163). On admit toutefois, semble-t-il, que lorsque le *paterfamilias* agirait devant les Centumvirs *jure filii*, il devrait avoir l'assentiment du *filius*, « *ipsius enim injuria est* », dit Ulpien (fr. 8 pr. D. 5-2). V. sur la question fr. 8, 22 pr., § 3, D. 5-2, et pour l'interprétation de ces textes : Solazzi, *op. cit.*, p. 163 suiv.

(51) Ainsi que la *querela inofficiosi testamenti*, mais celle-ci par la voie de la procédure extraordinaire ; v. note précédente.

(52) V. l'article cité de M. Solazzi.

(53) Selon Accarias (Précis, t. 2, p. 296), le fils aurait pu intenter *suo nomine* toutes les actions nées de son chef, pourvu qu'il ait employé une formule *in factum*. L'auteur invoquait en ce sens le fr. 13 D. 44-7 (Ulpianus lib. 1 *disputationum*) : « *In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere* ». La théorie d'Accarias a été repoussée par Girard (*op. cit.*, p. 150, n. 3). Girard objecte, avec raison, que le texte cité ne dit « pas que toutes les actions *in factum* soient données au fils, mais que le fils peut intenter des actions *in factum* ». Toutefois, à la différence

s'appuie principalement sur le fr. 18, §1, D. 5-1 (Ulpianus *lib. 23 ad edictum*). Ce texte contient deux parties ⁽⁵⁴⁾ ; dans la première il est question des actions pénales, dans la seconde des actions contractuelles. La seconde partie du texte contient de si nombreux indices contre son origine classique ⁽⁵⁵⁾, qu'on semble autorisé à la considérer comme étant dans sa totalité une glose ou une interpolation. La première partie du § 1, elle-même suspecte ⁽⁵⁶⁾, ne prend un sens raisonnable que si on l'applique à la faculté pour le fils de représenter en justice comme demandeur son père absent, non à la faculté pour le fils d'intenter *suo nomine* les actions nées de délits le concernant ⁽⁵⁷⁾. Cela est d'ailleurs en général admis par les auteurs ⁽⁵⁸⁾.

de Girard, nous ne croyons pas que les actions visées par Ulpien soient les actions *in factum* de dépôt et de commodat. Les actions *in factum* dont parle le jurisconsulte pouvaient et devaient être l'action *injuriarum aestimatoria* et l'action contre l'affranchi du père, actions qui toutes deux avaient une formule *in factum*.

(54) La seconde partie commence avec la phrase : « *Unde ego semper probavi...* ».

(55) V. les auteurs cités par l'Index Interpolationum.

(56) V. également sur cette partie du paragraphe les auteurs cités par l'Index Interpolationum.

(57) L'interprétation de M. Solazzi suppose une divergence d'opinions entre Paul qui aurait strictement suivi la doctrine de Julien (fr. 9 D. 44-7) et Ulpien (fr. 18, § 1, D. 5-1). Or la règle qu'énonce Ulpien au début du § 1, fr. 18, semble admise sans contestation à l'époque de ce jurisconsulte (*permittedimus*) ; Ulpien aurait dû nous la présenter comme lui étant personnelle. En second lieu, Julien nous dit dans d'autres textes que, si une chose donnée en commodat ou louée à un *filius* a été volée, l'action *furti* n'appartient pas au père, mais au fils, et que ce dernier peut agir après sa sortie de puissance, c'est-à-dire seulement après sa sortie de puissance (en sens contraire Solazzi, *op. cit.*, p. 181, n. 1) ; v. fr. 58 et 14, § 10, D. 47-2. Dès lors, Julien pouvait-il permettre au fils d'agir *suo nomine* pendant la durée de la puissance paternelle, quand l'action *furti* appartenait au père ? Et pourtant c'est cette doctrine inadmissible que suivrait Julien, si nous adoptions l'interprétation de M. Solazzi. V., en effet, la phrase : « *Nam et Juliano placet...* », au fr. 18, § 1.

(58) V. Savigny, *Droit romain*, t. 2, p. 99, n. 91 ; Mandry, *op. cit.*, t. 1, p. 200 ; Boulard, *op. cit.*, p. 360, n. 4 ; Girard, *op. cit.*, p. 150, n. 3 ; Vermond, *op. cit.*, t. 1, p. 119.

Restent les trois voies de procédure signalées au fr. 9 D. 44-7 à côté de l'action *injuriarum*, à savoir : l'interdit *quod vi aut clam*, les actions de dépôt et de commodat.

M. Albertario a déjà démontré avec d'excellents arguments que le *filius* ne pouvait pas intenter en son propre nom l'interdit *quod vi aut clam*. D'ailleurs l'interpolation des mots « *et quod vi aut clam* » au fr. 9 D. 44-7 est prouvée par la désignation byzantine de l'interdit avec le mot *actio* ⁽⁵⁹⁾.

Que faut-il penser du prétendu droit pour le fils d'intenter les actions de dépôt et de commodat ? Pourquoi aurait-on permis au fils d'intenter *suo nomine* ces actions ? La question demeure, à notre avis, sans réponse ⁽⁶⁰⁾.

Savigny ⁽⁶¹⁾ supposait que ces actions étaient données au fils lorsque l'objet remis en dépôt ou en commodat appartenait à un tiers qui l'avait lui-même confié au *filius* ou que ce dernier lui avait volé. Le fils, dit Savigny, « a, pour intenter l'action, deux intérêts étrangers au père ; en effet, dans plu-

(59) Le fr. 13, § 1, D. 43-24 est également interpolé. V. pour la démonstration de l'interpolation Albertario, *l. c.* M. Albertario restitue ainsi ce texte : « *Labeo scribit, si filio prohibente opus factum sit, [et] te habere interdictum, [ac] si te prohibente opus factum est, et filium tuum [nihilominus]* ». — Si les faits, qui pouvaient donner lieu à l'interdit *quod vi aut clam*, constituaient une *injuria* à l'égard du *filius*, ce dernier devait avoir *suo nomine* l'action d'injures.

(60) M. Vermond (*op. cit.*, t. 1, p. 122), nous l'avons dit, explique ce droit par la qualité du fils de *possessor ex jure naturali* des *res peculiares*. L'explication est des plus séduisantes. Mais tout d'abord les jurisconsultes n'ont pas reconnu une possession *ex jure naturali*. En second lieu, la qualité de *possessor ex jure naturali* du *filius* n'aurait pas mis obstacle à l'acquisition au *paterfamilias* des actions de dépôt et de commodat (relativement aux objets du pécule), puisque le *paterfamilias* acquérait même les créances naturelles nées entre ses *subjecti*.

(61) Droit Romain, t. 2, p. 137.

sieurs cas, celui du louage ou du commodat par exemple, il a intérêt à recouvrer la détention matérielle de la chose ou son usage, et cela, ne faisant pas partie des biens est étranger au père. Puis, dans tous les cas énumérés plus haut, le fils est obligé à restituer la chose ou sa valeur, obligation qui n'atteint pas le père. »

Mais, si l'action de dépôt ou de commodat avait appartenu au fils à l'exclusion du père, il semblerait que l'exercice de cette action par le fils ait dû être réservé jusqu'à l'extinction de la *patria potestas*. L'exemple de l'action *furti* est significatif. Julien nous dit que, si une chose donnée en commodat ou louée au *filius* a été volée, l'action *furti* appartient, non au père qui n'avait pas la garde de cette chose, mais au *filius* qui peut agir après sa sortie de puissance ⁽⁶²⁾. Est-il admissible que, lorsque le *filius* a remis à un tiers en dépôt ou en commodat une chose qu'il avait lui-même reçue d'autrui, il puisse intenter pendant la durée de la puissance paternelle *suo nomine* l'action de dépôt ou de commodat ? Pourquoi retarder l'exercice de l'action *furti* après la sortie de puissance du *filius*, non celui des actions *commodati* et *depositi* ?

Cela nous conduit à supposer que la mention des actions *depositi* et *commodati* au fr. 9 D. 44-7 émane des compilateurs. Ces derniers ont également déformé dans le même but la pensée de Julien et de Marcellus au fr. 19 D. 16-3, où ils font dire à Ulpien ;

(62) Fr. 58 et 14, § 10 D. 47-2.

« *Julianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere posse.* » Au fr. 9 D. 44-7, même les mots « *ut Julianus putat* » proviennent des compilateurs. Paul ne pouvait pas invoquer l'autorité de Julien pour justifier l'exercice par le fils *suo nomine* de l'action d'injures, puisque c'est le prêteur lui-même qui avait accordé cette faculté au *filius*. Mais les compilateurs ont déformé, ou peut-être seulement isolé pour en altérer la pensée, la phrase d'Ulpien insérée au fr. 16 ; d'où une première raison pour cacher l'interpolation en attribuant à Julien la doctrine exposée au fr. 9. Cela était d'autant plus tentant pour les compilateurs que Julien s'était particulièrement occupé du droit pour le fils d'agir en justice *suo nomine*.

§ III. — LES DÉTTES DU PÉCULE ENVERS LES TIERS

Section première : Le fondement juridique de l'action de peculio. — La dette du paterfamilias et celle du subjectus.

I. La conception ancienne de la responsabilité adjectice du *paterfamilias* (celle du prêteur et des premiers jurisconsultes classiques). Le *paterfamilias* est tenu en raison du *jussus* qu'il est censé avoir indirectement donné par la *concessio peculii*, et c'est l'obligation du *paterfamilias* qui constitue l'élément passif du pécule. — II. La doctrine divergente de Proculus : abandon de l'idée de *jussus*. — III. La doctrine qui triomphe après la formation de la notion d'obligation naturelle. C'est la dette civile ou naturelle du *subjectus* qui constitue l'élément passif du pécule. Le *paterfamilias* est obligé indépendamment de sa volonté par le seul fait de la coexistence d'une dette *ex negotio* du *subjectus* et d'un actif de pécule. — IV. L'exercice successif de l'action *de peculio*, *aucto peculio*. Etude du fr. 30, § 4, D. 15-1.

Section deuxième : L'action de peculio et les dettes non contractuelles de l'in potestate.

I. Les jurisconsultes ont respecté la lettre non l'esprit de

l'édit qui n'accordait l'action *de peculio* que *ex negotio*. — Limitation qui n'avait plus de raison d'être après la transformation du pécule en *quasi-patrimonium servi filii* et l'abandon de l'ancienne conception de l'obligation adjectice du *paterfamilias*. Non seulement les juriconsultes interprétèrent largement le terme *negotium*, mais ils donnèrent encore l'action *de peculio* en raison d'actes ou faits délictueux lorsque ceux-ci se trouvaient liés à un *negotium*. — II. La *condictio ex causa furtiva* n'était pas donnée *de peculio*, mais en tant qu'action utile, *in id quod ad patrem pervenit*. — Interpolation des fr. 19, D. 13-1; 3, § 12, D. 15-1; 30 pr., D. 19-1. — III Cette action pour enrichissement était donnée aussi bien en raison des vols des *fili* que de ceux des esclaves. — IV. — L'action *rerum amotarum*, de même que la *condictio ex c. f.*, était donnée contre le *pater* comme action utile, *in id quod ad eum pervenit*. Interpolation des fr. 3, § 12, D. 15-1 et 3, § 4, D. 25-2. V. La doctrine ingénieuse de Marcellus exposée et adoptée par Ulpien au fr. 3, § 11, D. 15-1. L'action *judicati nomine filii* peut être donnée *de peculio* même si la première action (intentée contre le *filius*) était pénale, le premier *judicium* étant considéré comme un contrat.

*Section première : Le fondement juridique de l'action
« de peculio ». La dette du « paterfamilias » et celle
du « subjectus »*

Le principe de la représentation nécessaire du *paterfamilias* par ses *subjecti* ne valait qu'activement. La raison pour laquelle les *alieni juris* ne pouvaient posséder contre les tiers aucune créance civile ou même simplement naturelle ne s'opposait pas à ce que ceux-ci soient civilement ou naturellement débiteurs. Aussi, le *filius familias*, qui jouissait de la personnalité juridique, pouvait-il, dans le droit classique, s'obliger envers les tiers *tanquam paterfamilias* ⁽¹⁾. Si une semblable capacité n'était pas re-

(1) Fr. 29 D. 44-7.

connue aux esclaves, cela tenait uniquement à leur manque de personnalité juridique. Mais, nous le savons, la capacité que le droit positif refusait aux esclaves, le *jus naturale* la leur accorda ⁽²⁾ : « *Servi, nous dit Ulpien dans un texte déjà cité, ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur ; sed naturaliter et obligantur et obligant* ⁽³⁾. » Après la formation de la notion d'*obligatio naturalis*, l'*alieni juris* fut toujours, en raison des contrats qui auraient engagé un *sui juris*, personnellement tenu envers les tiers, au moins naturellement. On peut dès lors se demander quel rapport existe entre cette obligation civile ou naturelle de la personne en puissance et l'action *de peculio* ; est-ce cette obligation ou une obligation personnelle au *paterfamilias* qui constitue l'élément passif du pécule ? A notre avis, la dette du pécule fut tout d'abord dette personnelle du *paterfamilias* ; plus tard, la responsabilité de ce dernier se transformant, ce fut l'obligation civile, ou seulement naturelle, dont le *subjectus* était alors toujours tenu, qui constitua l'élément passif du pécule ; c'est elle qui fut la base de l'action *de peculio*.

Quelles furent depuis l'édit du préteur les bases juridiques de l'action *de peculio* ; la nature de la responsabilité du *paterfamilias* vis-à-vis de cette action ?

I. — Vis-à-vis des actions adjectices *in solidum*, le *paterfamilias* était personnellement obligé. L'acte conclu par le *subjectus*, ou d'une manière plus géné-

(2) V. le paragraphe premier de ce chapitre.

(3) Fr. 14 D. 44-7.

rale par le représentant, dans les limites du *jussus* ou de la *præpositio*, donnait naissance à deux obligations : à une obligation sanctionnée par le prêteur et qui frappait le *paterfamilias*, à une obligation civile ou naturelle qui pesait sur le représentant dans la mesure où celui-ci était capable de s'obliger. Le contrat n'était d'ailleurs que l'occasion de l'obligation du *paterfamilias*, la cause véritable s'en trouvait dans la *præpositio* ou le *jussus*. Cette dette faisait partie du passif patrimonial du *paterfamilias* ; elle se transmettait aux héritiers de celui-ci et elle se divisait entre eux ainsi que l'action qui la sanctionnait en proportion de leur part successorale.

Le *paterfamilias*, poursuivi de *peculio*, était-il tenu, en raison d'un acte analogue à un *jussus* ou à une *præpositio*, et par lequel il avait accepté ou était censé avoir accepté les charges qui pesaient sur lui ? On a soutenu parfois que le *paterfamilias*, en concédant un pécule, prenait à sa charge dans la mesure des biens concédés, les obligations contractées par le bénéficiaire de la concession (4). Cette théorie n'a pas prévalu parmi les auteurs et, il faut bien le reconnaître, elle se heurte à des objections décisives (5).

(4) V. ainsi Savigny, *Obligations*, t. 1, p. 237 ; Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 1181 ; Boulard, *op. cit.*, p. 275 ; Girard, *op. cit.*, p. 103. On a soutenu aussi, mais à tort et nous nous sommes déjà expliqué sur ce point, que le *subjectus* tenait seulement de la *concessio administrationis* le pouvoir de contracter des obligations susceptibles de donner lieu à l'action de *peculio*.

(5) Dès l'époque de Julien, on admet sans contestation que l'action de *peculio* soit intentée en raison de contrats passés par une personne en puissance avant toute *concessio peculii* ou même sous une autre *potestas* (v. ainsi fr. 27, § 2 et 37, § 2 D. 15-1). On n'aurait pu l'admettre si, à cette époque encore, l'obligation du *paterfamilias* avait eu sa cause dans un *jussus* indirect, implicitement compris dans la concession d'un pécule.

Mais les critiques qu'on peut lui faire n'ont de valeur que pour une époque déterminée, cette théorie est au contraire exacte si on se place au lendemain de l'édit sur l'action *de peculio*.

L'action *de peculio*, pour le prêteur et les anciens jurisconsultes classiques, présentait les plus grandes analogies avec les autres actions adjectices. Elle supposait une manifestation préalable de la volonté du *paterfamilias*, la *concessio peculii*, alors nécessaire pour la formation du pécule ⁽⁶⁾. La *concessio peculii* apparaissait comme une sorte de *jussus*. Significatif est le fait que l'action *de peculio* est promise dans l'*edictum triplex* ⁽⁷⁾. Liée au point de ne faire qu'un avec l'action de *in rem verso*, l'action *de peculio* était donnée par le même édit que l'action *quod jussu*. Si ces trois actions n'avaient pas sanctionné une responsabilité de même nature, le prêteur aurait sans doute consacré un édit spécial à chacune d'elles.

L'obligation du *paterfamilias* pour *in rem versio* est encore à l'époque d'Ulpien considérée comme un cas de représentation. Le jurisconsulte peut ainsi nous dire ⁽⁸⁾ : « ...*tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur* ». Il en devait être également ainsi à une époque où tout enrichissement injuste du *paterfamilias* constituait une *in rem versio*, qu'il y ait ou non gestion par le *subjectus* des affaires du *paterfamilias*.

L'idée du prêteur nous est encore révélée par le

(6) V. *supra* p. 233 suiv.

(7) Fr. 1, § 1 D. 15-1.

(8) Fr. 1 pr. D. 15-3.

fait que l'action *de peculio* n'est promise dans l'édit qu'en raison de *negotia* ⁽⁹⁾, c'est-à-dire des seuls actes relativement auxquels un *jussus* ou un mandat quelconque est admissible. Si le préteur, au lieu de se laisser guider par l'idée d'une représentation du *paterfamilias* par l'*in potestate*, avait conçu le pécule comme le *quasi-patrimonium* des esclaves et des fils, il aurait soumis cette masse de biens à toutes les obligations qui peuvent grever un patrimoine : aux obligations délictuelles aussi bien qu'aux obligations contractuelles ; il aurait promis l'action *de peculio ex omnibus causis*.

Donc, pour le préteur, le *paterfamilias* était censé, par la *concessio peculii*, autoriser le bénéficiaire de la concession à contracter, et par là s'engager à reconnaître les contrats de celui-ci dans la mesure du pécule et dans celle de son enrichissement.

L'idée du préteur fut tout d'abord partagée par les anciens jurisconsultes classiques qui eurent à interpréter l'édit. Contrairement à ce que pourraient laisser croire plusieurs textes interpolés ⁽¹⁰⁾, ces jurisconsultes ne permirent d'intenter l'action *de peculio* que *ex negotiis* et ils déduisirent, nous le savons, de la conception prétorienne, les conséquences qui en découlaient logiquement. Ils n'autorisèrent l'exercice de l'action *de peculio* contre le *paterfamilias*, qu'en raison d'actes conclus sous sa *potestas*, postérieurement à la *concessio peculii* ⁽¹¹⁾. En cas de pluralité

(9) L'édit *de peculio* commençait ainsi : « *Quod cum eo, qui in aliena potestate esset, negotium gestum erit...* ».

(10) V. la deuxième section de ce paragraphe.

(11) V. *supra* p. 296 suiv.

de maîtres, ils distinguèrent les causes d'obligation et les pécules ⁽¹²⁾. Et de même, ces jurisconsultes n'admirent la transmission du passif du pécule qu'au *successor in locum et in jus* du *paterfamilias* ⁽¹³⁾, parce que, pour eux, l'action *de peculio* sanctionnait un engagement personnel du chef de la *domus*.

En cas de legs du pécule l'action *de peculio annalis* ne pouvait pas être intentée contre le légataire qui n'était pas un *successor in locum et in jus* du maître défunt. Logiquement elle n'aurait pas dû être intentée contre l'héritier, qui avait bien succédé à la dette mais qui n'avait pas en mains le pécule. C. Sabinus ⁽¹⁴⁾ donnait cependant l'action *annalis* contre l'héritier : mais il justifiait cette décision par une bien mauvaise raison. Il nous disait contre toute évidence que le pécule était demeuré auprès de l'héritier « *qui tradendo id legatario se liberavit* ». A la différence des jurisconsultes postérieurs, il mettait injustement à la charge de l'héritier le passif du pécule, parce qu'il ne pouvait pas venir autrement en aide aux créanciers. Le passif du pécule étant pour lui passif du patrimoine du maître ne devait se transmettre qu'au *successor in locum et in jus* du défunt. De même les premiers jurisconsultes classiques et les anciens Sabinien^s jusqu'à l'époque de Javolenus déclaraient toujours passible de l'*actio annalis* celui qui avait vendu un esclave *cum peculio*, alors même qu'un prix spécial n'avait pas été stipulé pour le pé-

(12) V. *supra*, p. 401; 418 suiv.; 449; 457.

(13) V. *supra*, p. 210 suiv.

(14) Fr. 1, § 7 D. 15-2.

cule, dans l'impossibilité où ils étaient de mettre le passif du pécule à la charge d'un acquéreur à titre particulier.

Par la *concessio peculii*, le *paterfamilias* s'engageait à reconnaître les contrats du *subjectus*, mais seulement dans la mesure du pécule : il n'était pas tenu *in solidum* comme en cas de *præpositio* ou de *jussus*. Il était frappé d'une obligation, éventuelle pour le tout, efficace dans les limites du pécule. Vis-à-vis de l'action *de peculio*, à l'époque où nous nous plaçons, le *paterfamilias* était dans la situation d'un débiteur jouissant du bénéfice de compétence. Et cette similitude n'a pas échappé aux jurisconsultes. On peut s'en rendre compte par les controverses qui se sont élevées sur la question de savoir si le *paterfamilias* n'était pas débiteur pour le tout, bien qu'il ne puisse être condamné que dans la mesure du pécule ⁽¹⁵⁾. Tryphoninus lui-même au fr. 53 D. 24-3 ⁽¹⁶⁾ compare encore l'action *de peculio* donnée contre le père en restitution d'une dot, à l'action *in id quod facere potest* donnée contre le fils.

(15) Fr. 11 D. 12-6 (v. p. 664 n. 32) ; 47, § 2 D. 15-1 ; 5, § 2 D. 34-3 ; cf. fr. 1, § 8 D. 13-5 ; 57 D. 23-3.

(16) Tryphoninus lib. 7 disputationum : « *Si filiofamilias dos data est, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem ejus de peculio : nec interest, in peculio rem vel pecuniam dotalem habeat nec ne. Sed quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est : intellegitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei judicandæ tempore. Atquin si cum patre agatur, deducetur ex peculio, quod patri vel subjectis ei personis filius debet : at si cum ipso filio agatur, alterius debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit filius* ». Dans la phrase « *sed quatenus...* », le mot *hic* se rapporte grammaticalement à *pater* et ne peut logiquement se rapporter qu'à lui. La suite du passage développe l'idée contenue dans la phrase « *sed quatenus...* », par une comparaison entre la situation du *pater* et celle du *filius*. Signalons toutefois que ce fragment est déclaré interpolé depuis « *at si cum ipso filio* » par M. Levet (Bénéfice de compétence, p. 158, n. 31).

II. — Cette conception ancienne de la responsabilité du *paterfamilias* vis-à-vis de l'action *de peculio* fut combattue par Proculus. Ce jurisconsulte, en effet, n'exigeait pas, pour la formation du pécule, une concession du *paterfamilias* ⁽¹⁷⁾ : il n'y avait donc à ses yeux aucun acte par lequel le père ou le maître pouvait être censé avoir accepté à l'avance son obligation. En fait, Proculus admettait, relativement à la compétence de l'action *de peculio*, les règles inverses de celles suivies par ses contemporains. Il donnait l'action *annalis* contre tout acquéreur, même à titre particulier du pécule ⁽¹⁸⁾. Il permettait d'intenter l'action *de peculio* en raison de faits antérieurs à toute concession ou à la formation concrète du pécule ⁽¹⁹⁾. En cas de pluralité de maîtres, il déclarait chacun de ceux-ci tenu dans la mesure de la partie de pécule leur appartenant, sans tenir compte du rapport qui pouvait exister entre cette partie du pécule et le contrat ⁽²⁰⁾.

Proculus abandonnait donc l'idée de *jussus* pour concevoir l'obligation du *paterfamilias* comme une obligation légale pesant sur lui en sa seule qualité de propriétaire du pécule.

Le tiers, acquéreur à titre particulier du pécule, était selon Proculus passible de l'action *annalis*. Il était tenu, en effet, de son propre chef par le fait qu'il avait acquis la propriété des *res peculiares*.

L'obligation du pécule, dans cette doctrine, est dis-

(17) V. *supra*, p. 235 suiv.

(18) Fr. 17 D. 3-5.

(19) Arg. fr. 47, § 3 D. 15-1.

(20) Arg. fr. 47, § 3 D. 15-1.

tincte de celle du *paterfamilias*. Ce dernier est tenu, en raison même de l'affectation légale du pécule, au paiement des dettes du *subjectus* : autrement dit, le *paterfamilias* est simplement tenu de *defendere servum filiumve peculio tenus*. C'est la dette de l'*alieni juris* lui-même qui constitue l'élément passif de son pécule. Cela était aisé à admettre relativement aux dettes des *fili*, dettes pleinement valables *jure civili*. Mais on pourrait peut-être s'étonner que le même rôle ait été joué par les dettes contractuelles des esclaves à une époque où celles-ci n'avaient aucune existence juridique. Certainement Proculus ne les concevait pas comme des *obligations naturales*. Pour lui, les dettes contractuelles des esclaves ne pouvaient avoir une valeur juridique que sur la base même de la nouvelle interprétation de l'édit, et ainsi, seulement au regard du droit du pécule. Mais Proculus concevait le pécule comme un attribut de la personne en puissance. Pour lui, tout *subjectus* avait un pécule et n'en avait jamais qu'un seul, encore que les droits qui en composaient l'actif appartenissent à des maîtres différents (21). Cette conception du pécule se combinait avec celle de la responsabilité du *paterfamilias* admise par Proculus, pour conduire naturellement aux règles suivies par ce jurisconsulte relativement à la compétence de l'action *de peculio*. Les contrats du *subjectus* font toujours naître une dette à la charge du pécule, car celui-ci préexiste nécessairement. D'autre part, comme le même *subjectus* ne peut avoir qu'un seul pécule, en cas de plura-

(21) V. *supra* p. 296 suiv.

lité de maîtres, chacun de ceux-ci est passible de l'action *de peculio ex omni contractu*. Et, l'on voit par là que la dette du pécule, même dans cette doctrine, n'est pas une dette sans sujet. Elle n'existe qu'à l'intérieur du pécule mais celui-ci étant attaché au *subjectus* elle aussi lui est liée.

III. — En faisant des dettes contractuelles des esclaves des *naturales obligationes*, on leur reconnut une existence juridique indépendamment de tout pécule. Il fut dès lors loisible aux jurisconsultes qui ne concevaient pas le pécule comme un attribut de la personne en puissance, d'adopter cependant les règles énoncées par Proculus relativement à la compétence de l'action *de peculio*. Nous savons déjà quelle était en cette matière la doctrine de Julien (22). A partir de cette époque, on regarde comme élément passif du pécule la dette naturelle ou civile du *subjectus*. Quant au *paterfamilias*, il est tenu, non pas par représentation, en raison d'une sorte de *jussus*, mais légalement, en tant que propriétaire des *res peculiares*, car toute *res peculiaris*, quel que soit le maître auquel elle appartient, est affectée au paiement de la dette du *subjectus* (23). Comme Proculus, Javolenus et

(22) En raison du rôle important que jouait en matière d'action *de peculio* la notion d'*obligatio naturalis*, les dettes de l'esclave sanctionnées par cette action apparaissaient plus nettement que les autres comme des *obligationes naturales*. Cela explique pourquoi Julien crut nécessaire de préciser que le cas où le maître était passible d'une action adjectice n'était pas le seul où il y eut *obligatio naturalis servi* (fr. 16, § 4 D. 46-1).

(23) De ce que le *paterfamilias* est tenu par représentation en cas de *præpositio* ou de *jussus*, non en matière d'action *de peculio*, il résulte une différence dans la capacité naturelle requise chez le *subjectus*, suivant que celui-ci agit à titre de préposé ou de son propre chef. Dans le premier cas, il oblige son *paterfamilias in solidum*, même s'il est pupille (fr. 7, § 2 D. 14-3); il

Julien admettent que l'action *annalis* puisse être intentée même contre celui qui a acquis les *res peculiares* autrement que par une succession *in locum et in jus* de l'ancien maître, et cela, sans exception ⁽²⁴⁾. Si les jurisconsultes postérieurs ne permettent pas d'intenter l'action *de peculio annalis* contre le légataire du pécule, c'est, nous le savons ⁽²⁵⁾, uniquement pour une raison d'opportunité. Ils mettent d'ailleurs indirectement à la charge du légataire le passif du pécule, alors que C. Sabinus l'en déchargeait effective-

suffit qu'il ne soit pas totalement privé de raison. Dans le second cas, son pécule est grevé dans la mesure où le serait son patrimoine s'il était *sui juris*. Si l'*alieni juris* est pupille, l'action porte seulement sur l'enrichissement du pécule, fr. 1, § 4 D. 15-1. (L'opinion contraire soutenue par M. Albertario dans Rendiconti Lombardo, t. 46, 1913, est inacceptable et ne paraît pas admise en général.)

Au fr. 7, § 1 D. 14-3, Ulpien nous apprend que l'action *institoria* pouvait être donnée même du chef d'une *ancilla* ou d'une *filia*. L'action *de peculio* elle aussi pouvait être intentée de leur chef (v. fr. 1, § 3; 27 pr. D. 15-1; c. 11 C. 4, 26 — cf. fr. 5, § 2 D. 14-4. Cela ne nous semble pas douteux, bien que le fr. 27 soit suspect. Cf. Index Interp.). Mais, dans quelle mesure était-elle donnée contre le *paterfamilias* ? On admet, en général que l'action *de peculio* était donnée seulement dans la mesure de l'enrichissement du pécule de la *filia* ou de l'*ancilla* (v. Mandry, *op. cit.*, t. 1, p. 347 suiv.; Solazzi, Bull., t. 11, p. 156 suiv.; Girard, *op. cit.*, p. 490 en note; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 450, n. 7). Cela n'est pas certain. Le seul texte qui puisse autoriser cette manière de voir est la constitution 11 C. 4, 26, où l'action *de peculio* est donnée du chef d'une *ancilla* seulement dans la mesure de l'enrichissement du pécule. Mais ce texte ne contient qu'une solution d'espèce et l'*ancilla* dont il est question peut être impubère. A une époque, où même en matière d'action *de peculio*, le *paterfamilias* était censé obligé par représentation, on ne devait pas apprécier plus rigoureusement la capacité de fait du *subjectus* lorsqu'il s'agissait de l'action *de peculio* que lorsqu'il s'agissait des actions adjectices *in solidum*. On pouvait donc agir *de peculio* du chef d'une *ancilla*. Après l'abandon de la conception ancienne de l'obligation adjectice *de peculio* du *paterfamilias*, on aurait dû logiquement ne plus admettre cela, s'il est vrai que le principe de l'incapacité des femmes s'est maintenu pendant toute la durée de l'époque classique. Mais on comprend aussi qu'il fût encore permis d'agir *de peculio* du chef d'une *ancilla* ou d'une *filia*, alors que le principe de l'incapacité des femmes était de plus en plus battu en brèche.

(24) Javolenus : fr. 33; 35 D. 15 -1; Julien : 27, §§ 2 et 3 D. 15-1; 1, § 10 D. 33-4. V. *supra*, p. 212 et 215.

(25) V. *supra*, p. 217-218.

ment. On autorise l'exercice de l'action *de peculio* même en raison de dettes nées avant la *concessio peculii* ou la formation concrète du pécule ⁽²⁶⁾. Et, cette action compète, *ex omni contractu* contre tous les maîtres simultanés ou successifs d'un même *subjectus* ⁽²⁷⁾.

L'exercice de l'action *de peculio* contre le *paterfamilias* suppose l'existence d'une obligation civile ou naturelle à la charge de la personne en puissance ⁽²⁸⁾.

Même dans cette nouvelle doctrine, le *paterfamilias* passible de l'action *de peculio* est considéré comme personnellement obligé. Il peut constituer sa dette et celle-ci peut faire l'objet d'une fidejussion ⁽²⁹⁾. Mais est-il, comme on l'admettait auparavant, débiteur pour la totalité de l'engagement pris par le *subjectus*? Est-il toujours dans une situation comparable à celle d'un débiteur jouissant du bénéfice de compétence?

(26) Cette règle s'est formée peu avant Julien (arg. fr. 37, § 2 D. 15-1), donc aussitôt que la notion d'obligation naturelle fut dégagée, puisque celle-ci remonte à Javolenus.

(27) V. *supra* p. 423 suiv.; 457.

(28) Sans doute, on peut agir *de peculio* après le décès de la personne en puissance, mais cela est possible, quelle que soit la base sur laquelle on fait reposer l'obligation adjectice du *paterfamilias*, grâce à la fiction contenue dans la formule de l'action *annalis*.

En vertu de l'édit, l'action *de peculio* aurait dû être donnée pour toute dette *ex negotio* des personnes en puissance. Cependant, il fut admis de bonne heure par les jurisconsultes classiques que les esclaves à la différence des fils ne pourraient pas obliger *de peculio* leur *paterfamilias* par une fidejussion faite non *ex utilitate peculii* (v. fr. 3, §§ 5, 6, 7 et 9, D. 15-1). Cette règle connue de Sabinus et Cassius s'est formée à une époque où l'on voyait dans la *concessio peculii* un *jussus* indirect et elle repose sur une interprétation de la volonté du *paterfamilias* concédant; la règle fut conservée ensuite parce qu'elle était opportune.

Signalons que les esclaves ne pouvant être poursuivie en justice ne pouvaient pas faire un compromis (fr. 3, § 8 D. 15-1) et que les fils ne pouvaient grever leur pécule en empruntant malgré la défense du sénatusconsulte Macédonien.

(29) Fr. 1, § 8 D. 13-5; 35 D. 46-1; cf. 44 D. 15-1.

La question fut soulevée et débattue par les jurisconsultes qui ne voyaient plus dans la *concessio peculii* le fondement de la responsabilité adjectice du *paterfamilias*. Si le *paterfamilias* est tenu seulement en qualité de propriétaire du pécule, celui-ci n'est plus, uniquement la limite mais la source même de son obligation. Julien cependant assimilait encore le *paterfamilias* à un débiteur jouissant du bénéfice de compétence, notamment au mari poursuivi en restitution de la dot, et, en cas de *plus solutio*, il refusait à l'un comme à l'autre la *condictio indebiti*.

Mais, Ulpien, qui nous rapporte au fr. 5, § 2, D. 34-3⁽³⁰⁾ cette opinion de Julien, s'empresse d'ajouter : « *Sed est verius, quod Marcellus notat, patrem petere posse; nondum enim erat debitor cum solveret: maritum non posse; quod debitum solvit* »⁽³¹⁾ ⁽³²⁾. Ce désaccord entre Julien d'une part, Marcellus et Ulpien de l'autre, peut sembler étonnant. La décision de Julien cadre mal avec la conception que se fait ce jurisconsulte de la responsabilité du *paterfamilias* en matière d'action de *peculio*. Ce défaut de logique

(30) Ulpianus *lib. 23 ad Sabinum*. Cf. sur ce texte, et pour quelques retouches qui n'en déforment pas le sens général, Beseler, *Beiträge*, t. 2, p. 28, 59; t. 3, p. 39, 53; t. 4, p. 237.

(31) La phrase « *patrem etsi...* », qui termine ce fragment est déclarée interpolée par M. Beseler.

(32) Ce texte est en contradiction avec le fr. 11 D. 12-6 où Ulpien paraît adopter la doctrine de Julien qu'il combat au fr. 5, § 2. Fr. 11 D. 12-6 (Ulpianus *lib. 35 ad Sabinum*) : « *Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest* ». Mais ce fr. 11 ne contient pas l'opinion d'Ulpien. V. en ce sens Erman, *Mélanges Appleton*, p. 229; Solazzi, *Bull.*, t. 20, p. 13-14; Levet, *Bénéfice de compétence*, p. 170, n. 58; p. 224, n. 22. « Il se peut, dit M. Levet, qu'Ulpien, au D. 12, 6, 11, ait rapporté l'opinion d'un autre jurisconsulte, de Sabinus peut-être, ou de Julien qui est sabinien, pour la combattre ensuite et que les compilateurs aient supprimé la réfutation ». C'est l'explication également présentée par M. Solazzi et qui nous paraît la meilleure.

dans la doctrine de Julien s'explique par des raisons pratiques. Comme nous le verrons, les jurisconsultes, qui admettaient la rescision de l'action *de peculio* en cas de pluralité de maîtres, permettaient également au demandeur qui avait déduit son droit par une première instance, sans une pleine réussite par suite de l'insuffisance du pécule, d'agir à nouveau, *aucto peculio*, grâce à une *in integrum restitutio* ⁽³³⁾. Julien, au contraire, n'osait pas employer ce moyen radical; en cas de pluralité de maîtres, il préconisait la division de l'action. En considérant le maître débiteur pour le tout, non seulement on pouvait refuser la *condictio indebiti* en cas de paiement dépassant la valeur du pécule, mais on pouvait encore autoriser le demandeur à exiger du *paterfamilias*, lors de l'action *de peculio*, la caution de *futuro incremento peculii* ⁽³⁴⁾. Il y avait donc pour Julien un intérêt tout spécial à déclarer le *paterfamilias* débiteur pour la totalité de la dette du *subjectus*. Le grand jurisconsulte romain ne devait pas hésiter à sacrifier, en considération de cet intérêt pratique, la logique de sa théorie sur le fondement de la responsabilité adjectice du *paterfamilias* vis-à-vis de l'action *de peculio*.

Mais les jurisconsultes en général à l'époque où nous nous plaçons, limitent la dette du *paterfamilias* à la valeur actuelle du pécule : ils rejettent expressément toute assimilation entre la situation du *paterfamilias* poursuivi *de peculio* et celle d'un débiteur jouissant du bénéfice de compétence. Paul ⁽³⁵⁾ ainsi

(33) Fr. 30, § 4 D. 15-1.

(34) V., en effet, fr. 47, § 2 D. 15-1.

(35) Fr. 47, § 2 D. 15-1 Paulus lib. 4 *ad Plautium*.

ne permettait pas au demandeur à l'action *de peculio* d'exiger la caution *de futuro incremento peculii*, alors qu'une caution analogue pouvait être exigée du *socius* condamné seulement *in id quod facere potest*. « *Si semel actum sit de peculio*, nous dit-il, *quamvis minus inveniatur rei judicandæ tempore quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet* » (36). Pour Paul, le *paterfamilias*, à la différence du *socius*, ne doit rien au delà de la somme à laquelle il est condamné. Le pécule, nous le répétons, n'est plus la limite dans laquelle la dette du *paterfamilias* peut conduire à une condamnation, mais la source même de la dette. En vertu de cette idée, Paul limite l'obligation du fidéjusseur qui s'est engagé pour le maître relativement à une dette de l'esclave, à la valeur du pécule *cum res judicatur* (37). Ulpien (38) de même décide que le *paterfamilias* passible de l'action *de peculio* et qui a constitué sa dette, est tenu en raison du constitut seulement, « *usque ad eam quantitatem, quæ tunc fuit in peculio cum constituebatur* » (39).

(36) Ce texte paraît avoir subi une légère altération, d'ailleurs purement formelle. *Debet* n'a pas de sujet, et l'on peut supposer, ou bien que les compilateurs ont ajouté les mots *quam debet* (en ce sens Naber, *op. cit.*, p. 293, n. 5) ou bien, qu'un copiste a, par étourderie, écrit *debet* au lieu de *debetur* (v. Solazzi, *Bull.*, t. 20, p. 19 n. 1; Baron selon Solazzi, *l. c.* Cf. Erman, *Mélanges Appleton*, p. 239), ou qu'il a omis de transcrire le mot *servus* devant *debet* (V. Erman, *Z. S. S. f. R.*, t. 19, p. 338, n. 3).

(37) Fr. 35, D. 46-1 Paulus *lib. 2 ad Plautium*.

(38) Fr. 1, § 8 D. 13-5 (Ulpianus *lib. 27 ad edictum*). Ce texte a sans doute subi certains remaniements sur l'importance et le but desquels nous n'avons pas à nous prononcer. Il n'est pas contesté qu'Ulpien se soit prononcé dans le sens indiqué au digeste. (Des interpolations ont été soutenues dans ce texte par MM. Arangio-Ruiz, *Le genti a la Città*, p. 38, 39; Siber, *op. cit.*, p. 14; Albertario *Rend. Lomb.*, t. 59, p. 560).

(39) Cf. fr. 19, § 2 et 20 D. 13-5; cf. la décision rendue par Papinien en une autre matière au fr. 50, § 1 D. 15-1.

Javolenus déjà estimait que le *paterfamilias* ne devait rien au delà du pécule. Il envisage au fr. 57 D. 23-3 ⁽⁴⁰⁾ l'hypothèse suivante. Un père voulant doter sa fille a fait au futur beau-père de celle-ci la promesse suivante : « *Quod filius tuus mihi debet, id dotis tibi erit* ». Le jurisconsulte dit qu'il faut distinguer « *utrum filii obligatio, an patris persecutio, et in rem versum promissioni contineatur* ». Dans le premier cas, toute la dette est comprise dans la *promissio dotis*; dans le second, seule est constituée en dot la somme que le promettant obtiendrait par une action *de peculio* et *de in rem verso*.

Et précisément, parce que le pécule est alors considéré comme la cause même de l'obligation du *paterfamilias*, les jurisconsultes se sont demandé si les créanciers du *subjectus* avaient le droit d'intenter l'action *de peculio* à un moment où *nihil est in peculio*. On voit comment la question pouvait se poser : du moment que le *paterfamilias* ne doit rien, est-il sensé de permettre au créancier de le citer en justice et encore plus de le contraindre à se défendre sous peine d'une *missio in bona*. La question, déjà soulevée par Proculus ⁽⁴¹⁾, fut examinée encore par Papinien et Ulpien. Au contraire, les jurisconsultes qui ne voyaient dans le pécule que la limite de l'obliga-

(40) Ce texte a subi d'importantes retouches de la part des compilateurs et l'on doit peut-être en conserver seulement les premières lignes (« *Nuptura... continetur* »). Mais le début du texte suffit à montrer que Javolenus limitait l'obligation du *paterfamilias* à la valeur du pécule et au montant de l'*in rem versum*. (V. en faveur de l'interpolation de « *Nam... fin.* » : Albertario selon *Index Interpolationum* et Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 270. V. pour quelques modifications à la partie précédente du fragment, les auteurs cités par l'*Index Interpolationum*).

(41) *Fr.* 30 *pr.* D. 15-1.

tion du *paterfamilias* ne devaient pas avoir le même scrupule à autoriser dans de telles circonstances l'exercice de l'action *de peculio*.

Les jurisconsultes admettent la validité de l'instance engagée à l'époque *quo in peculio nihil est* ⁽⁴²⁾. Mais il y eut désaccord entre Papinien et Ulpien relativement à la question de savoir si, à ce moment, le demandeur pouvait contraindre le *paterfamilias* qui *latitat* à défendre à cette action.

Papinien refuse ce droit au créancier du *subjectus* et appuie sa décision sur cette argumentation juridique fort logique et de nature à faire impression : « *Eo tempore, dit-il* ⁽⁴³⁾, *quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem ejus rei servandæ causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum, quia non fraudationis causa latitat qui, si judicium acciperet, absolvi deberet. Nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur : nam et si in diem vel sub conditione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare, tametsi potest judicis injuria condemnari. Sed fidejussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat Julianus, quoniam fidejussor futuræ quoque actionis accipi possit: si tamen sic acceptus est* ». Ulpien, au contraire, admettait dans la même hypothèse, la *missio in bona*. Il justifiait ainsi sa décision ⁽⁴⁴⁾ : « *Si quis actione de peculio filii vel servi nomine conveneri possit, si latitet, eo jure utimur, ut possint bona ejus possideri et venire, tametsi nihil fuerit in peculio,*

(42) Fr. 30 pr. D. 15-1; 7, § 15 D. 42-4.

(43) Fr. 50 pr. D. 15-1 (Papinianus *lib. 9 questionum*).

(44) Fr. 7, § 15 D. 42-4 (Ulpianus *lib. 59 ad edictum*).

quia esse potest et rei judicatæ tempus spectamus, utrum sit an non sit, et quod teneat actio, etiam si nihil in peculio fuerit ». Au point de vue strictement juridique, l'opinion de Papinien était la meilleure; elle avait par contre l'inconvénient de mettre, le cas échéant, en question la consistance du pécule, non seulement au moment de la condamnation, mais au début même du procès. Et c'est là d'ailleurs le principal argument que fait valoir Ulpien. Mais le jurisconsulte ne dit nullement que le *paterfamilias* est débiteur *eo tempore quo in peculio nihil est*.

Le *paterfamilias* devient débiteur dès qu'un de ses *subjecti* étant obligé envers les tiers, civilement ou naturellement, il possède, lui, *paterfamilias*, des droits constituant des éléments actifs du pécule de ce *subjectus*.

IV. — Le maître qui avait payé le montant de la condamnation de *peculio* prononcée contre lui, n'était pas seulement libéré *occasione juris*, par l'effet de la *litis contestatio*, mais aussi parce qu'il s'était acquitté du montant intégral de sa dette, et cela, alors même que le tiers poursuivant n'avait pas obtenu une satisfaction complète en raison de l'insuffisance du pécule. Mais l'esclave, au nom duquel l'action avait été intentée, était débiteur naturel de toute la dette avant le procès et il le demeurait après le paiement fait par le maître pour la partie non soldée de sa dette. La *litis contestatio* n'avait aucun effet sur l'obligation naturelle de l'esclave, cette obligation, dit Papinien ⁽⁴⁵⁾,

(45) Fr. 50, § 2 D. 15-1 (Papinianus lib. 9 *Quæstionum*) : « *Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest [et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam ser-*

« *in litem translata non est* ». L'action de *peculio* intentée *nomine filii* libérait le fils de l'action directe dont il était passible, puisque l'action directe et l'action adjectice faisaient valoir l'*eadem res*. Mais on peut supposer, ne serait-ce qu'en raison de l'analogie avec l'esclave, que le fils, libéré *occasione juris*, demeurerait frappé par une obligation naturelle, jusqu'au paiement intégral de sa dette.

Si le *subjectus*, du chef duquel le *paterfamilias* avait été poursuivi de *peculio*, acquérait de nouveaux biens en pécule, les conditions de l'obligation adjectice du *paterfamilias* se trouvaient à nouveau réunies, à savoir : l'existence d'une dette du *subjectus* et d'un actif de pécule. Seul l'effet extinctif de la *contestatio litis* du premier procès pouvait mettre le *paterfamilias* à l'abri de nouvelles poursuites.

Ulpien au fr. 30, § 4, D. 15-1 ⁽⁴⁶⁾ est censé autoriser ces nouvelles poursuites contre le *paterfamilias* déjà condamné de *peculio*. Nous lisons dans ce fragment : « *Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest* ». Ce texte, bien souvent étudié, a soulevé d'importantes controverses. On a cru y trouver la preuve que l'action de *peculio* n'en-

vus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur], quia naturalis obligatio [quam etiam servus suscipere videtur], in litem translata non est ». Sur l'interpolation des mots « *et ideo... videbitur* », v. Beseler, Beiträge, t. 4, p. 192, 288; Z. S. S. f. R., t. 45 (1925), p. 465; Guarneri-Citati, Annali Perugia, t. 37 (1924) (1) p. 65 n. 3. Sur l'interpolation des mots « *quam... videtur* », v. Vazny, op. cit., p. 140. La phrase « *quia...* » justifie l'admissibilité d'une fidéjussion *pro servo*. C'est à tort que M. Siber l'efface dans sa totalité (v. op. cit., p. 71, n. 2; cf. Pacchioni, op. cit., p. 49. qui retient pour interpolés les mots « *naturalis obligatio* ») contre la restitution de M. Siber v. Beseler, Tijdschrift, t. 8 (1928), p. 323 et Vazny, op. cit., p. 140, n. 22.

(46) Ulpianus lib. 29 ad edictum.

traînait extinction du droit du demandeur que dans la mesure du pécule actuel. Pour quelques auteurs, cet effet extinctif limité de la *litis contestatio* était dû à une *demonstratio præscriptionis loco* insérée en tête de la formule ⁽⁴⁷⁾. Pour d'autres, il résultait d'une conception proculienne de l'*eadem res*, conception qui aurait triomphé malgré les résistances de l'école sabiniennne parmi les jurisconsultes classiques ⁽⁴⁸⁾. Nous n'avons pas à insister sur ces différentes théories. Il est certain actuellement que l'exercice de l'action de *peculio* entraînait extinction du droit d'agir pour la totalité de la créance mentionnée dans l'*intentio*, quelle que soit la valeur du pécule ⁽⁴⁹⁾. L'exercice successif de la même action de *peculio* ne pouvait donc être rendu possible que par une *in integrum restitutio*. Or, il n'est fait aucune allusion à cette restitution dans le texte d'Ulpien. Nous devons supposer, dans ces conditions, ou bien qu'Ulpien disait dans ce texte le contraire de ce que nous y lisons, ou bien qu'il permettait au créancier de réintenter l'action de *peculio* grâce à une restitution *in integrum*, qu'il sous-entendait, ou dont les compilateurs ont effacé la mention ⁽⁵⁰⁾. Nous adopterons cette dernière explication.

(47) Bekker, *Aktionen*, t. 2, p. 341 suiv.; Karlowa, *R. R.*, t. 2, p. 1143-1144.

(48) Lenel, *Edit Perpetuel*, t. 1, p. 330 suiv.; Erman, (v. l'article de cet auteur dans *Mélanges Appleton*), cf. Girard, *op. cit.*, p. 706, n. 5.

(49) C'est en ce sens que se prononce actuellement M. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 283 suiv.

(50) V. en ce sens : Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 283 suiv.; Charvet, *Evolution de la restitution des majeurs*, p. 89, n. 1; cf. Buckland (*op. cit.*, p. 709). M. Buckland pense qu'Ulpien avait écrit *non potest* ou plus vraisemblablement qu'il mentionnait la nécessité d'une *restitutio in integrum*. Keller déjà estimait que l'exercice successif de l'action de *peculio aucto peculio* n'était possible que grâce à une *restitutio in integrum* (V. *Litis Contestatio und Urtheil*, p. 559).

Ce sont surtout des arguments tirés du fond même du droit que l'on a fait valoir en faveur de l'authenticité ou de la non authenticité du fr. 30, § 4 ⁽⁵¹⁾. De nombreux auteurs croient à l'omission, volontaire ou non, dans la rédaction de ce fragment, du mot *non* devant *potest* ⁽⁵²⁾. Ulpien nous aurait dit que l'action de *peculio*, une fois intentée, ne pouvait plus l'être à nouveau, même si le créancier n'ayant pas obtenu complète satisfaction, le pécule s'était accru depuis le jour de la sentence. Cette théorie a été particulièrement défendue par MM. Solazzi et Levy. Mais aucun des arguments invoqués par ces auteurs n'est convaincant.

M. Solazzi estime sans utilité une restitution *in integrum* dans l'hypothèse du fr. 30, § 4. Le *paterfamilias* qui a payé une somme égale à la totalité du pécule a le droit, pense M. Solazzi, de prendre le pécule sans se rendre coupable de dol. L'*alieni juris* ne pourra alors posséder un nouvel actif de pécule que grâce à une concession que le *paterfamilias* se garderait bien de lui faire s'il avait à redouter l'action de l'ancien créancier ⁽⁵³⁾. Il est certain que le *paterfamilias* pouvait procéder à l'ademption des *res peculiares* existantes en compensation du préjudice que lui avait

(51) V. toutefois Gradenwitz, Z. S. S. f. R., t. 27 (1906), p. 249 suiv.

(52) V. Francke, Archiv. f. civ. Praxis, t. 23 (1840), p. 400, n. 22 et 420, n. 54; Ferrini, Archivio Giuridico, t. 64 (1900), p. 84; Solazzi, Bull., t. 20 (1908), p. 5 suiv.; Studi Moriani, cité, p. 156, n. 70; Naber, *op. cit.*, p. 193; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 244, n. 3; Appleton, Négations omises ou intruses, p. 39 et les auteurs cités dans ces ouvrages. V. également contre l'authenticité du fr. 30, § 4 Levet, Bénéfice de compétence, p. 168.

(53) Si la restitution *in integrum* avait été pratiquement sans effet, il en aurait été de même de la caution de *futuro incremento peculii*, sur l'admissibilité de laquelle on discute pourtant au fr. 47, § 2 D. 15-1.

causé la condamnation de *peculio*. Mais l'*alieni juris* ne pouvait-il acquérir, dans ce cas, de nouvelles *res* que par une concession du *paterfamilias*? C'est à tort que M. Solazzi le soutient. Dès le début de l'époque classique, le pécule n'était pas uniquement accru par les gains provenant directement des *res peculiares* (accession, subrogation réelle), mais encore par tous ceux réalisés *ex re aliena* par le *subjectus*. Pour Ulpien, nous le savons, le *subjectus* peut se constituer un pécule ou accroître son pécule *ex re aliena* sans concession. Il n'en est autrement que si le maître a fait à l'avance défense au *subjectus* de se constituer un pécule (*prohibere ne habeat*). Le retrait des *res peculiares* après une condamnation de *peculio* n'implique pas une semblable interdiction. Rien ne peut laisser croire que le *paterfamilias* en agissant ainsi ait voulu non seulement se désintéresser, mais encore priver à l'avenir de pécule le *subjectus*.

Le maître pouvait, sans doute, interdire par une déclaration expresse l'acquisition de nouvelles *res peculiares*. Mais il n'avait pas intérêt à le faire ni même bien souvent à se payer avec l'ancien pécule.

L'interdiction d'acquérir un nouveau pécule était ordinairement un châtiment domestique ; elle poursuivait un but répressif. Les gains pour lesquels une concession n'était pas nécessaire étaient, outre les hérités et les legs dévolus au *subjectus*, les économies qu'il faisait, les gratifications que lui faisaient les tiers en remerciement de services rendus, enfin les bénéfices qu'il réalisait de petits métiers exercés pendant les loisirs que lui laissait le service du *paterfamilias*.

Si le *subjectus* savait que tous ces gains iraient au patrimoine direct du *paterfamilias* il ne s'imposerait pas de semblables privations ou un semblable surcroît de travail. Et, puisque le pécule appartient au *paterfamilias* ce dernier serait en définitive lésé. On ne peut guère supposer que dans le simple but de ne pas désintéresser complètement les créanciers du *subjectus*, le *paterfamilias* ait paralysé l'activité de celui-ci; alors qu'il avait tout intérêt à ce que les personnes en sa puissance fassent le plus de gains possibles *ex re aliena*. Le *subjectus* pouvait, par la suite, acquérir un pécule important dépassant de beaucoup le montant non soldé de ses anciennes dettes.

Bien souvent enfin, le *paterfamilias* n'avait pas intérêt à se payer par une ademption des *res peculiares* existantes. Supposons, par exemple, que le *subjectus* débiteur soit un esclave préposé à un commerce terrestre ou maritime ou un fils de famille occupant un rang social élevé et ne vivant pas à la *domus*. Souvent ces individus vivaient avec les revenus de leur pécule. Si on leur avait retiré celui-ci, il aurait fallu leur donner une rente, ce qui pouvait être peu commode ou les obliger à vivre à la *domus*. Or le *paterfamilias* devait désirer laisser au *filius* un genre de vie conforme à sa situation et maintenir à la tête de ses affaires un esclave, qui, mauvais administrateur de son pécule, lui avait cependant donné pleine satisfaction dans la gestion confiée. Le *paterfamilias* ne courait aucun risque, car il avait le droit de déduire au moment d'une nouvelle action de *peculio* le montant de ce qu'il avait déjà payé. Le risque ne portait

que sur les économies réalisées avec le pécule. Les avantages minimes que le *paterfamilias* pouvait trouver dans l'ademption du pécule auraient été largement compensés par les inconvénients qui en seraient résultés.

M. Solazzi soutient encore, que le problème soulevé par le fr. 30, § 4, D. 15-1 est tranché dans le sens qu'il indique par le fr. 47, § 2, h. t. Il résulte de ce dernier texte que le *paterfamilias*, à la différence du *socius*, ne doit pas tout. En outre, remarque M. Solazzi, Ulpien et Marcellus accordent au *paterfamilias* la *condictio indebiti* pour tout paiement dépassant la valeur du pécule. Or, pour M. Solazzi, on ne pourrait songer à une restitution *in integrum* que si l'obligation du *paterfamilias* avait la même étendue que celle du *subjectus*. Et M. Levy soutient également que, le *paterfamilias* ne devant pas toute la dette, est libéré, après une première action *de peculio, jure, non occasione juris*. Nous comprenons de tout autre manière le fondement de la responsabilité du *paterfamilias* vis-à-vis des créanciers du pécule, aux temps de Marcellus, Paul et Ulpien. Le *paterfamilias* est débiteur en raison de la coexistence d'une dette du *subjectus* et d'un actif de pécule. Au moment de la première action, il ne devait rien au delà de la valeur du pécule et il s'est entièrement libéré par le paiement fait *post condemnationem*. Mais il est redevenu débiteur par le seul fait que la dette du *subjectus* n'étant pas complètement éteinte un nouvel actif de pécule s'est formé. S'il ne peut être poursuivi à nouveau, c'est *occasione juris*, en raison de la première *litis contes-*

tatio. La restitution *in integrum* était tout autant justifiée qu'en cas de pluralité de maîtres.

Cette réapparition de l'obligation du *paterfamilias* en cas d'augmentation du pécule est directement visée par Paul au fr. 26, § 1, D. 12-2. Le jurisconsulte nous dit : « *Si pater filium dare non oportere juraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem jurisjurandi : si pater juraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit: sed et pater ita convenietur, ut post adquisiti peculii ratio habeatur* ». Après le serment : *nihil esse in peculio*, le *pater* est libéré de toute dette, le serment qu'il a fait vaut la constatation en justice qu'il n'y a rien effectivement *in peculio*. Mais le serment : *nihil esse in peculio* laisse intacte la dette du *filius*, à la différence du serment : *filium dare non oportere*. Or, le jurisconsulte nous dit qu'on pourra poursuivre le *pater* et que, dans l'action intentée contre lui, on tiendra compte des augmentations postérieures du pécule. C'est donc que le *paterfamilias*, qui ne devait rien après le serment, est devenu débiteur avec l'apparition d'un actif de pécule. Il y a entre l'hypothèse prévue par Ulpien au fr. 30, § 4, D. 15-1 et celle prévue par Paul au fr. 26, § 1, D. 12-2 les plus grandes analogies. La seule différence consiste en ce que, dans l'hypothèse du fr. 30, § 4, le *paterfamilias* a été libéré par une instance, dans celle du fr. 26, § 1, par un serment. Sans doute, comme le remarque exactement M. Solazzi, le serment ne produit pas les mêmes effets qu'une instance, au moins dans l'hypothèse envisagée par Paul. Mais en quoi consiste la différence ? L'exercice d'une première ac-

tion de *peculio* a entraîné extinction totale du droit du demandeur, tandis que, malgré le serment *nihil esse in peculio*, le créancier peut agir en justice pour réclamer le paiement de ce qui lui est dû sur les *incrementa peculii*. On comprend aisément que des jurisconsultes comme Marcellus, Paul et Ulpien, qui admettaient largement la restitution *in integrum* en matière d'action de *peculio* et qui, très vraisemblablement, admettaient tous le renouvellement de l'action *aucto peculio*, aient pu librement limiter l'obligation du *paterfamilias* au montant actuel du pécule et interdire au demandeur d'exiger du *paterfamilias* la caution de *futuro incremento peculii*.

M. Levy fait encore valoir, en faveur de l'insertion du mot *non* devant *potest* au fr. 30, § 4, l'argument suivant. La restitution *in integrum*, dit-il, se comprend en cas de pluralité de maîtres, car elle permet au créancier d'atteindre l'*universum peculium* et c'est ce motif que donne Ulpien au fr. 32 pr. D. 15-1 pour justifier l'exercice de la même action contre plusieurs maîtres *resciso superiore iudicio*. Mais, dans l'hypothèse envisagée au fr. 30, § 4, ce motif n'existe plus, car le créancier a déjà atteint l'*universum peculium*. S'il a poursuivi le *paterfamilias* à un moment où le pécule avait une valeur insuffisante pour le satisfaire, il se trouve dans la même situation que le créancier *qui minus posuit in condemnatione*. Or, Gaius nous dit que, dans ce cas, le préteur ne vient pas en aide au créancier. L'argument nous paraît facile à écarter. Nous avons déjà indiqué la principale raison pour laquelle les jurisconsultes devaient désirer la restitution

in integrum même dans l'hypothèse du fr. 30, § 4 : le *paterfamilias* redevenu débiteur à la suite des augmentations du pécule, se trouve à l'abri de nouvelles poursuites seulement *occasione juris*. Mais il y a mieux, les jurisconsultes veulent mettre le créancier du pécule dans la même situation que celle du créancier d'un *sui juris*. Ils veulent que celui-ci puisse se désintéresser avec le pécule de son débiteur comme si ce pécule était son patrimoine. Le créancier d'un *sui juris* peut avoir à faire, soit à un débiteur jouissant du bénéfice de compétence, soit, et c'est le cas le plus fréquent, à un débiteur pur et simple. Dans le premier cas il ne pourra pas obtenir une condamnation au delà des forces de son débiteur, mais il pourra exiger de lui la promesse de s'acquitter entièrement s'il revient par la suite à une meilleure fortune. Dans le second cas, le créancier obtiendra condamnation pour le tout. Sans la restitution *in integrum*, le créancier du pécule serait dans une situation moins bonne même que celle du créancier auquel on peut opposer le bénéfice de compétence. Non seulement il n'a pas obtenu une condamnation pour la totalité de ce qui lui est réellement dû, mais il ne peut exiger caution *de futuro incremento*. N'est-ce pas là une chose injuste ?

C'est à tort que M. Levy compare le créancier du pécule à celui *qui minus posuit in condemnatione*. Ce dernier, qui, somme toute, ne craignait pas grand chose en fixant à un chiffre trop élevé le montant de la condamnation, a commis une étourderie imputable à lui seul en réclamant dans la condamnation moins

qu'il ne lui était dû. Peut-on reprocher au créancier du pécule d'avoir mal choisi son moment pour agir ? Le reproche serait injuste. Le créancier du pécule ignore si son débiteur ne doit pas également à d'autres personnes. En attendant un enrichissement problématique du pécule, il risque de se laisser devancer par un créancier plus pressé, et de tout perdre.

Ulpien qui employait assez facilement la restitution *in integrum* s'en servait dans l'hypothèse du fr. 30, § 4, pour permettre l'exercice successif de l'action *de peculio* contre le même défendeur *aucto peculio*. Sous-entendait-il ici la restitution *in integrum* ? Cela n'est pas incroyable. Il allait de soi, pour tout jurisconsulte classique, que l'action *de peculio* ne pouvait pas être réintentée sans une restitution préalable. Mais plus vraisemblablement, les compilateurs ont effacé ici, comme ils l'ont fait au fr. 32 pr. la mention de la restitution *in integrum*. C'est en ce sens que se prononce actuellement M. Lenel. L'illustre romaniste propose de lire ainsi le fr. 30, § 4 : « *Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio, de residuo debiti ipso quidem jure agere non potest, sed prætor causa cognita rescisso superiore judicio denuo ei agere permittet* ».

Primitivement, le *paterfamilias* était obligé *de peculio* en raison du *jussus* qu'il était censé avoir donné au moment de la *concessio peculii*, et c'était l'obligation personnelle du *paterfamilias* qui constituait l'élément passif du pécule. Dans la doctrine suivie par Javolenus, Julien et les jurisconsultes postérieurs, l'élément passif du pécule est la dette civile ou naturelle

du *subjectus*. Quant au *paterfamilias*, il est obligé indépendamment de tout *jussus* en raison de la coexistence d'un actif de pécule et d'une dette contractuelle du *subjectus*.

*
**

La nouvelle conception de l'obligation adjectice du *paterfamilias* conduisait à des résultats heureux que nous avons signalés : possibilité d'intenter l'action de *peculio* pour un *ante gestum*, de poursuivre même le cessionnaire à titre particulier du pécule, d'agir *ex omni contractu* contre les maîtres du *servus plurium*. Elle devait inversement produire quelques conséquences fâcheuses : possibilité pour le *paterfamilias* de répéter le paiement fait au delà de la valeur du pécule, impossibilité pour le demandeur à l'action de *peculio* d'exiger la caution de *futuro incremento peculii*. Les jurisconsultes se sont efforcés d'y remédier. Julien qui avait scrupule à se servir de la *restitutio in integrum*, refusait au *paterfamilias* la *condictio indebiti* en cas de *plus solutio*. Les jurisconsultes qui se servaient de l'*in integrum* restitution en cas de pluralité de maîtres, accordaient la *condictio indebiti* au *paterfamilias* en cas de *plus solutio* et refusaient au créancier poursuivant le droit d'exiger la caution de *futuro incremento peculii*. Mais, en parfait accord avec la conception nouvelle de l'obligation adjectice du *paterfamilias*, ils permettaient équitablement au créancier de réintenter l'action de *peculio aucto peculio*, grâce à la restitution *in integrum*.

Section Deuxième : L'action de peculio et les dettes non contractuelles de l'in potestate.

I. — Lorsque, vis-à-vis des créanciers du pécule, le *paterfamilias* ne fut plus considéré comme obligé par représentation, en vertu d'un *jussus* préalable, il n'y eut plus les mêmes motifs qu'auparavant pour limiter le domaine de l'action *de peculio* aux obligations *ex negotio*. Il eût été en outre logique, à une époque où le pécule était considéré comme le *quasi-patrimonium* des esclaves et des fils, de mettre à la charge du pécule toutes les dettes qui auraient grevé le patrimoine d'un *sui juris*. Il eût été enfin opportun parfois, de donner *de peculio* certaines actions qui, bien que ne naissant pas d'un *negotium*, ne présentaient pas un caractère pénal, et ainsi ne pouvaient pas être intentées *noxaliter*. Mais les jurisconsultes étaient liés par les paroles non équivoques de l'édit où l'action *de peculio* n'était promise qu'en raison de *negotia*. *A priori*, il est peu vraisemblable que les jurisconsultes, malgré le désir qu'ils en pouvaient avoir, n'aient pas respecté les termes de l'édit. Le contraire, toutefois, résulte de la Compilation justinienne. Mais il faut faire la part des interpolations. Les compilateurs sont intervenus en cette matière d'une façon assez active; ils ont déformé la doctrine classique par d'importantes et nombreuses interpolations. Les jurisconsultes en ont moins librement agi avec l'édit du prêteur. Plusieurs fragments nous montrent avec quel soin ils ont re-

cherché, pour décider si une action pouvait être donnée *de peculio*, si elle naissait *ex negotio* ou *ex delicto* ⁽⁵⁴⁾. Ulpien nous dit dans une formule générale au fr. 58 D. 50-17 : « *Ex pœnalibus causis non solet in patrem de peculio action dari* » ⁽⁵⁵⁾.

Les jurisconsultes classiques, gênés par les paroles du préteur, se sont écartés seulement de l'esprit de l'édit, non de sa lettre. Ils ont interprété de la manière la plus large la notion de *negotium*. C'est ainsi qu'ils ont considéré comme des *negotia*, non seulement les pactes *de recepto* et *de jure jurando*, mais encore la réception de deniers par l'esclave ou le fils *aleator* et même l'exercice de la fonction de *duumvir* ⁽⁵⁶⁾. Ils ont permis encore d'intenter *de peculio* certaines actions naissant d'actes ou de faits délictueux, lorsque ces actes ou faits, étant liés à un *negotium*, les paroles de l'édit pouvaient sembler respectées. Les jurisconsultes ont donné ainsi *de peculio* contre le *paterfamilias* les actions édiliciennes (*redhibitoria* et *quantum mino-*

(54) V. ainsi fr. 1, § 8 D. 9-3; 4, § 1 D. 11-5.

(55) Selon M. Biondi (*Le actiones noxales nel diritto romano classico*, dans *Annali Palermo*, t. 10, 1925, p. 64), Ulpien s'exprimait plus catégoriquement encore, disant « *non potest* ». Les compilateurs qui donnaient *de peculio* certaines actions pénales, auraient atténué la force de l'affirmation d'Ulpien, en substituant aux mots *non potest* les mots *non solet*. Ces remarques ne nous paraissent pas décisives. Ulpien pouvait écrire *non solet* en vue de montrer l'ancienneté de la règle qu'il énonçait et son admission par tous les jurisconsultes.

(56) V. fr. 3, § 3 D. 4-9; 22 D. 12-2; 4, § 1 D. 11-5 (où la phrase « *sed... fin.* » paraît interpolée); 3, § 13 D. 15-1; 1, § 17 D. 27-8. V. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 441. Par contre, le fr. 15 pr. D. 5-1, où une action *de peculio* est donnée dans le cas du *filius judex qui litem suam facit* est interpolé (V. pour l'interpolation des mots : *in tantum... dicebat*, Biondi, *op. cit.*, p. 63, n. 8; Lenel, *Edictum perpetuum*, p. 216; Beseler, *Z. S. S. f. R.*, t. 50, 1930, p. 33).

ris (57), l'action *Fabiana* (58) et peut-être aussi la soi-disant action *pauliana* (59).

Pour la même raison les juriconsultes pouvaient permettre d'intenter de *peculio* contre le *dominus, nomine servi*, l'action prévue contre l'*argentarius* qui s'est refusé à l'« *editio instrumentorum* ». Cette action, en effet, qu'elle soit ou non pénale, naît de faits

(57) Fr. 2 pr. D. 15-2; 23, § 4; 57, § 1 D. 21-1. L'action rédhibitoire d'ailleurs n'était pas pénale, contrairement à l'affirmation du fr. 23, § 4 D. 21-1 (V. en ce sens : Biondi, *op. cit.*, p. 62 et les auteurs cités; plus récemment Monier, La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, p. 84 suiv.). Nous lisons au fr. 23, § 4 D. 21-1 (Ulpianus *lib. 1 ad edictum edilium curulium*) : « *Si servus sit qui vendidit vel filius familias in dominum vel patrem de peculio edilicia actio competit [: quampvis enim poenales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est eorum quoque nomine qui in aliena potestate sunt competere. Proinde et si filiafamilias vel ancilla distraxit, æque dicendum est actiones edilicias locum habere] »*. La non authenticité du passage placé entre crochets, soutenue par M. Biondi, vient d'être confirmée par M. Monier. Mais avec M. Monier, nous ne pensons pas qu'il s'agisse ici d'une interpolation (c'est à une interpolation que songe M. Biondi), puisque rien ne saurait justifier la transformation, au Bas-Empire, de l'action rédhibitoire en action pénale. « Il n'y a là, dit M. Monier, qu'une remarque due à un glossateur de basse époque, à laquelle il ne faut guère attacher d'importance ». Cependant, si le glossateur a dit une sottise en qualifiant d'action pénale l'action rédhibitoire, il nous paraît avoir raisonné dans un esprit conforme à celui des juriconsultes classiques. Quelle que soit la nature des faits qui donnent naissance à l'action rédhibitoire, ceux-ci se trouvent liés à un *negotium* et en conséquence l'action peut être donnée de *peculio*.

Signalons que l'action rédhibitoire qui n'était pas une action pénale, ne comportait pas vraisemblablement à l'époque classique une condamnation *in duplum*, mais une condamnation au *quanti ea res erit*, en cas de non restitution du prix et de ses accessoires par le vendeur (V. de Senarclens, La duplex condemnation de l'action rédhibitoire, Studi Bonfante, t. 3, p. 91 suiv. M. de Senarclens pense que les compilateurs ont interpolé le fr. 45 D. 21-1 de Gaius pour remplacer par une condamnation *in duplum* la condamnation au *quanti ea res erit* en cas de non restitution).

(58) Fr. 1, § 22 D. 38-5.

(59) Fr. 6, § 12 D. 42-8 (la partie du fr. 12 h. t., où il est également question d'une action de *peculio* pour *fraus creditorum* est byzantine). Cependant M. Lenel (Edictum Perpetuum, p. 435 suiv.) soutient que l'édit du fr. 1 pr. D. 42-8 ne promettait pas une action, mais une restitution *in integrum*, en vertu de laquelle on pouvait agir. Si cette thèse devait être admise, il semblerait difficile que l'action donnée en vertu de la restitution ait pu être intentée de *peculio*.

liés à un *negotium*: l'exercice de la profession de banquier. Et l'on peut d'autant plus facilement admettre qu'elle fut donnée *de peculio*, qu'elle ne pouvait pas être intentée « *noxaliter* ». En fait, Ulpien, au fr. 4, § 3, D. 2-13, semble bien permettre d'intenter *de peculio* cette action au moins dans certains cas. Il nous dit: « *Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. Sed si inscio domino fecit, satis esse dominum jurare eas se rationes non habere. Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur* ». M. Biondi ⁽⁶⁰⁾ efface comme étant interpolée la phrase « *si servus... tenetur* ». L'auteur part de ce principe qu'aucune action pénale ne pouvait être donnée *de peculio*. Nous croyons, au contraire, que même des actions pénales pouvaient être intentées sous forme d'action *de peculio*, lorsqu'elles naissaient de faits liés à un contrat.

La lecture que propose M. Biondi est peu satisfaisante. Ulpien pouvait-il prévoir l'hypothèse où le maître, ignorant que son esclave exerçait la profession de banquier, avait cependant en mains toute la comptabilité de cet esclave ? Le jurisconsulte ne nous dit pas, en effet, « *si invito domino fecit* », mais « *si inscio domino fecit* ». On devrait plutôt songer à effacer la dernière phrase ⁽⁶¹⁾.

(60) *Op. cit.*, p. 69, n. 3.

(61) L'obligation d'*edere rationes* n'incombe qu'au banquier lui-même. Lorsque les opérations de banque ont été faites au nom du maître, il ne peut pas être question d'une action *de peculio* du chef de l'esclave, simple fondé de pouvoir ou gérant. Au contrai-

Par contre, nous ne croyons pas, malgré l'affirmation contraire du fr. 9, § 4, D. 4-3 ⁽⁶²⁾, que les jurisconsultes aient permis d'intenter *de peculio* l'action *doli* pour tout dol commis par un *alieni juris* à l'occasion d'un *negotium*. Le fr. 9, § 4, est interpolé ⁽⁶³⁾. Seuls les Byzantins ont songé à donner l'action *doli* en raison de dols commis à l'occasion de contrats. L'action *doli*, étant en droit classique une action essentiellement subsidiaire, n'était pas donnée dans ces hypothèses, parce que la victime avait déjà à sa disposition l'action née du contrat. Lorsque l'auteur du dol était un *subjectus*, la victime avait seulement à sa disposition l'action contractuelle qu'elle pouvait intenter *de peculio* contre le *paterfamilias* ⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁵⁾.

re, lorsque l'esclave a agi pour son propre compte, c'est à lui seul qu'incombe l'obligation de *edere rationes*. La phrase « *sed si dominus habet rationes...* » est probablement une glose. Elle a été inspirée par la décision rendue par Ulpien dans le cas où le maître ignore le commerce d'argent fait par l'esclave pour son compte (*satis esse dominum jurare eas se rationes non habere*). Mais le glossateur ne s'est pas rendu compte que, dans le premier cas, le banquier était le *dominus*, dans le deuxième, l'esclave.

(62) Cf. Basil., 10. 3, 9, 4 (Heimb., t. 1, p. 500).

(63) Le Vocabularium J. R. 3, 1, 200, 26, 4, 1, 299, 46 efface seulement comme interpolée la fin du texte, depuis : *hoc quoque*. Pernice, Labeo, t. 2 (1), p. 202 n. 2 (cf. t. 2, p. 97), considère comme une interpolation la fin du texte depuis *nam*; Pampaloni Studi Senesi, t. 16, p. 231, fait partir l'interpolation de *interdum de peculio*. Mais la citation de Labéon n'est pas exacte et l'on doit plutôt effacer avec M. Biondi (*op. cit.*, p. 155 suiv.) « *ideo Labeo... noxalis futurum* » (V. encore sur ce texte Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 235; Buckland, *op. cit.*, p. 209, qui tiennent pour classique la doctrine ici exposée).

(64) V. Biondi, l. c. Cf. fr. 3, § 5, D. 13-6 (peut-être ce texte est-il paraphrasé, v. en ce sens Lenel, Edictum Perpetuum, p. 294, n. 2; cf. p. 252, n. 7; cf. encore contre l'authenticité de ce texte : Beseler, Beiträge, t. 3, p. 45 et Biondi Judicia bonæ fidei dans Annali Palermo, t. 7, 1920, p. 132, n. 2) et fr. 1. § 42 D. 16-3 (également considéré comme paraphrasé par Voigt, selon Ind. Interp., Bonfante, l. c., p. 456, n. 2; Lenel, *op. cit.*, p. 294, n. 2. V. dans des sens différents les auteurs cités par l'Index Interp., ad h. l.) Contre l'interprétation donnée dans les Basiliques (9, 4 Basil., 10-3 Heimb., t. 1, p. 500) et dans la scolie 4 ad 4 Basil. 40-8 (Heimb., t. 5, p. 416) V. Biondi, Annali Palermo, t. 10, p. 156.

(65) Cf. fr. 24, § 3 D. 4-4 qui semble avoir été l'objet d'une interpolation dans le même sens que le fr. 9, § 4 et sur ce fr. 24, § 3, v. Biondi, *op. cit.*, p. 153 suiv.

Une question fort complexe est celle de savoir sous quelle forme était donnée contre le maître du *servus exercitor* l'action prévue par le préteur contre l'armateur dont les préposés avaient commis un dommage ou un vol. Nous savons que, lorsque le délit avait été commis par un *vicarius* du *servus exercitor*, on donnait tout simplement contre le maître l'action noxale *vicarii nomine* ⁽⁶⁶⁾. Telle est la doctrine de Paul au fr. 19, § 2, D. 9-4 où l'on doit supprimer la proposition interpolée « *ut de peculio etc.* ». Le jurisconsulte nous dit ici, que l'action donnée contre le maître est celle qui serait donnée contre l'ordinaire lui-même, s'il était libre et que le vicaire fût son esclave ⁽⁶⁷⁾. Au fr. 42 pr. D. 47-2, par contre, le même jurisconsulte semble donner cette action ⁽⁶⁸⁾ seulement *de peculio* lorsque le délit est commis par un préposé du *servus exercitor*. Nous lisons dans ce texte : « *Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit 'dumtaxat de peculio', quod ipse exercitor, adiciatur 'ut noxæ dederet'. Igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur* ». Ce texte est manifestement interpolé. Nous n'insistons pas sur les indices de forme qui y ont été relevés ⁽⁶⁹⁾ ;

(66) V. *supra*, p. 581-582.

(67) « ... *perinde in te actio danda est, ac si is exercitor liber, et hic vicarius servus ejus esset...* »

(68) La *vulgaris formula* dont il est ici parlé est celle de l'action *in factum adversus nautas*; v. Biondi, *op. cit.*, p. 144 et Lenel, *op. cit.*, p. 206.

(69) V. Beseler *op. cit.*, t. 3, p. 9, 110; Biondi, *op. cit.*, p. 443 *in fine*.

ce sont surtout des raisons de fond qui permettent de contester l'authenticité de ce passage. Ici, comme dans le fr. 19, § 2, D. 9-4, les compilateurs ont fondu ensemble l'action *de peculio* et l'action noxale. Lorsque le délit est commis par l'esclave *exercitor* lui-même, l'action donnée contre le *dominus* serait d'après le fr. 42 pr. une action *de peculio* à laquelle *adiciatur ut noxæ dederet* (plutôt *aut noxæ dedere*) ⁽⁷⁰⁾. Seuls les Byzantins ont pu concevoir une semblable action. En droit classique, l'action était donnée dans ce cas *noxaliter* ⁽⁷¹⁾. Egalement interpolée est la partie du texte où il est question d'un vol commis par un employé du *servus exercitor*. Le jurisconsulte est censé donner l'action *de peculio* sans distinguer suivant que l'employé est un *vicarius*, un homme libre ou l'esclave d'autrui. Or, lorsque c'était un *vicarius* l'action née de son délit était une action noxale *vicarii nomine*. Il n'est peut-être pas possible de reconstruire d'une manière certaine, dans sa forme primitive, le fr. 42 pr. D. 47-2. Mais on peut cependant supposer quelles règles étaient suivies dans les hypothèses envisagées.

Quelle action compétait contre le maître du *servus exercitor*, lorsque le délinquant était un employé libre ou un *servus alienus*? Selon M. Biondi ⁽⁷²⁾, ce serait une action noxale. Cela nous paraît invraisemblable. Il serait fort rigoureux, sinon inique, de soumettre un esclave aux conséquences d'une action

(70) Les mots *ut noxæ dederet* sont corrigés en *aut noxæ dedere* par Mommsen, ad h. l. et Lenel, *op. cit.*, p. 319, n. 4.

(71) V. Biondi, *op. cit.*, p. 145 V. fr. 7, § 4 D. 4-9 et 1, § 5 D. 47-5 (M. Biondi, l. c. n. 4 signale que les interpolations relevées dans ces textes ne concernent pas le caractère noxal de l'action).

(72) *Op. cit.*, p. 145.

noxale délivrée en son nom, pour un délit commis par autrui. Lorsque l'auteur du délit était un *vicarius*, l'action noxale était donnée contre le maître, non *ordinarii*, mais *vicarii nomine*, à moins que l'ordinaire soit considéré comme l'auteur du délit, pour l'avoir ordonné ou toléré ⁽⁷³⁾. Il est dès lors inadmissible qu'une action noxale ait été donnée du chef du *servus exercitor* en raison d'actes commis malgré lui par un mercenaire. L'action devait être dans ce cas une action *de peculio*. En effet, bien que l'action dirigée contre l'*exercitor* revêtît un caractère pénal, elle naissait à l'occasion de *negotia*: l'*exercitio navis*. On peut invoquer enfin, la règle énoncée par Paul au fr. 19, § 2. En cas de délit commis par un *vicarius* l'action est celle que l'on intenterait contre l'ordinaire lui-même s'il était libre et que le vicaire fût son esclave. Rien ne peut laisser supposer que l'on n'ait pas donné contre le maître, en raison de délits commis par des employés libres du *servus exercitor*, l'action qui, en pareil cas, aurait été donnée contre le *servus* lui-même s'il n'avait pas été esclave. Seulement le maître n'est responsable que par contre-coup, n'étant pas lui-même *exercitor*; aussi l'action dirigée contre lui ne sera-t-elle qu'une action *de peculio*. Paul, au fr. 47, § 2, envisageait peut-être seulement les délits d'employés libres ou de *servi alieni* et donnait-il en conséquence à la victime une action *de peculio* contre le maître. Cette interprétation nous semble confirmée par un texte d'Ulpien où l'action *adversus nautas* est également donnée *de peculio* contre le maître du *servus*

(73) V. fr. 19, § 2 D. 9-4 (*in fine*).

exercitor. Ulpien nous dit au fr. 7, § 6, D. 4-9 : « *Hæc judicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur. Proinde et si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum nec intra annum* ». Le coupable n'était certainement pas un vicaire de l'esclave *exercitor*; le décès de l'ordinaire, en effet, n'aurait pu mettre obstacle à l'exercice de l'*actio noxalis vicarii nomine*. Ce texte affirme donc la possibilité d'intenter de *peculio* l'action *in factum adversus nautas* contre le maître de l'esclave *exercitor* lorsque le délit est commis par un employé libre. MM. Pampaloni ⁽⁷⁴⁾ et Biondi ⁽⁷⁵⁾ ont soutenu l'interpolation de ce texte : Ulpien, à leur avis, disait qu'après le décès de l'esclave *exercitor*, on ne pouvait plus intenter l'*actio noxalis*. Ce serait là, de la part d'Ulpien, une remarque bien banale ; l'action noxale ne pouvait être intentée qu'autant que le *dominus* avait la faculté d'abandonner le coupable. Le raisonnement du jurisconsulte serait d'ailleurs peu exact. Ce ne serait pas parce que l'action *adversus nautas* n'était pas donnée contre l'héritier que l'action noxale n'aurait pu être intentée après le décès de l'esclave, mais parce que l'abandon noxal n'était alors plus possible.

On comprend fort bien, au contraire, le raisonnement d'Ulpien, si on conserve le fr. 7, § 6, tel que la compilation nous l'a transmis. L'action *in factum adversus nautas*, en raison de son caractère pénal, n'est pas donnée contre l'héritier de l'*exercitor*, elle s'éteint

(74) Studi Senesi, t. 16, p. 233.

(75) *Op. cit.*, p. 151, n. 1. V. encore contre l'authenticité de ce texte, Beseler (Z. S. S. f. R., t. 47, 1927, p. 57), qui pense que l'action était donnée contre l'héritier *intra annum*.

avec le décès de celui-ci. Cette action ne peut être intentée *de peculio* qu'autant que l'on pourrait agir si l'*exercitor* était un homme libre. Après le décès de l'esclave, on ne peut plus permettre l'exercice de l'action *de peculio*: il faut refuser au créancier le bénéfice de la fiction insérée dans la formule de l'action *annalis*.

II. — Il n'était pas possible de biaiser avec l'édit relativement aux actions pénales ou réipersécutoires qui ne naissaient pas de faits liés à un *negotium*. Les textes où la *condictio ex causa furtiva* et l'action *rerum amotarum* sont données *de peculio* ont été retouchés par les compilateurs.

Pour ce qui est de la *conditio ex causa furtiva* (76), les auteurs admettent actuellement, assez généralement, que cette action ne pouvait pas être intentée *de peculio*. M. Beseler (77) et plus récemment M. Biondi (78), se sont toutefois prononcés contre cette manière de voir. M. Biondi soutient que seules les actions pénales n'auraient pas pu être intentées *de peculio*, tandis qu'on aurait pu poursuivre de cette manière toutes les actions réipersécutoires (79). Cette théorie ne nous semble pas admissible. Ce n'était pas en raison de leur caractère réipersécutoire ou pénal que les actions étaient ou non données *de peculio*, mais sui-

(76) Cette même action est parfois appelée plus simplement au Digeste *condictio furtiva*, mais c'est là une expression byzantine. V. en dernier lieu en ce sens : Biondi, *op. cit.*, p. 98 et Bossowski, *De condictione ex causa furtiva* dans *Annali Palermo*, t. 13 (1929), p. 438 et 444 (nous n'acceptons pas toutefois l'explication donnée par M. Bossowski de cette différence terminologique).

(77) *Beiträge*, t. 4, p. 299.

(78) *Op. cit.*, p. 96 et suiv.

(79) *Op. cit.*, notamment p. 65 et 100.

vant que leur cause était contractuelle ou délictuelle. Que la *condictio ex causa furtiva* soit une action réipersécutoire, non une action pénale, nous en convenons. Mais il n'en demeure pas moins vrai que cette action naît *ex delicto* non *ex negotio gesto*; elle est donc exclue du domaine de l'action *de peculio* aussi bien par l'édit du préteur ⁽⁸⁰⁾ que par la formule d'Ulpien : « *Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari* ». Ulpien en s'exprimant ainsi ne songeait pas au caractère pénal ou réipersécutoire des actions, mais à la cause en vertu de laquelle on agit. Il ne s'écarte pas de l'édit du préteur, il expose sous une forme diverse la règle qui y était énoncée.

M. Biondi ⁽⁸¹⁾ cite plusieurs textes où la question de savoir si une action devait être donnée comme action noxale ou comme action *de peculio* aurait été tranchée par les jurisconsultes en considération du

(80) Mais c'est là, à notre avis, le seul motif pour lequel la *condictio ex causa furtiva* ne pouvait pas être intentée *de peculio*. A ce motif s'en ajouterait un autre, plus décisif encore, si on devait admettre avec M. Bossowski (*op. cit.* p. 445-446) que les conditions sous lesquelles cette action compétait contre le voleur ne se trouvaient jamais réunies lorsque le vol était commis par un *filius familias*. En effet, on admit assez tôt, nous le savons, que dans l'action *de peculio* c'était la dette même de la personne en puissance que l'on faisait valoir. Mais la théorie de M. Bossowski sur la *condictio ex causa furtiva* ne nous paraît pas exacte (v. *infra*, note 140). Nous adoptons, relativement aux conditions d'existence de cette *condictio*, la théorie couramment admise jusqu'à ce jour et qu'il importe d'exposer ici brièvement. La *condictio ex causa furtiva* compétait contre le voleur, que ce dernier ne soit que possesseur de la *res furtiva* qu'il en ait acquis l'a propriété (par exemple par spécification) ou encore que l'objet volé ait péri. La *condictio ex causa furtiva*, destinée à compléter les autres moyens de procédure déjà accordés au volé et imaginée par haine des voleurs, avait cette particularité de permettre à un individu de figurer comme le créancier d'une chose dont il était propriétaire. On comprend que le *filius familias* soit lui-même passible de la *condictio ex causa furtiva*. Et si l'édit avait donné l'action *de peculio* même *ex poenalibus causis*, la *condictio ex causa furtiva* aurait pu être intentée *de peculio*.

(81) *Op. cit.*, p. 58 suiv.

caractère pénal ou répersécutoire de cette action. Mais dans ces textes, il est, en réalité, question de la cause, non du caractère des actions ⁽⁸²⁾. Et précisément, Ulpien qui n'accorde pas comme action noxale l'action *de effusis vel dejectis* contre le maître du *servus habitator*, pour ce motif que cette action ne naît pas *ex delicto*, la refuse comme action *de peculio* parce qu'elle ne naît pas non plus *ex negotio gesto* ⁽⁸³⁾.

(82) M. Biondi cite notamment les fr. 1, § 8 D. 9-3 et 4, § 1 D. 11-5. Dans le premier de ces textes Ulpien se demande si on peut intenter *de peculio* l'action *de effusis* contre le maître du *servus habitator*, parce que, dit-il, cette action *non ex negotio gesto venit*. Ulpien d'ailleurs répondait négativement. Pour qu'une action puisse être intentée *de peculio* il ne suffit donc pas qu'elle ne soit pas pénale, comme c'est le cas pour notre action, il faut qu'elle naisse *ex negotio gesto*.

Au fr. 4, § 1 D. 11-5 Paul nous dit que l'on peut intenter *de peculio* contre le maître du *servus aleator* une action en répétition des deniers versés, *quia ex negotio gesto agitur*. Paul vise l'origine contractuelle de l'action en répétition, non son caractère répersécutoire.

Quant au fr. 3, § 6, D. 11-6, encore invoqué par M. Biondi, il ne prouve ni pour ni contre sa théorie (ce texte est d'ailleurs très vraisemblablement interpolé). M. Biondi ne peut s'expliquer pourquoi les jurisconsultes ont hésité à donner *de peculio* l'action *iurisjurandi*. Cette action, en effet, n'est pas pénale; or, pour M. Biondi, toute action répersécutoire aurait pu être intentée *de peculio*. Les jurisconsultes, en réalité, ne permettaient d'intenter l'action *de peculio* qu'en raison de *negotia* et ils pouvaient se demander si le pacte *de jure jurando* constituait vraiment un *negotium*.

(83) Fr. 1, § 8 D. 9-3 (Ulpian. *lib. 23 ad Ed.*) : « *Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto ? An de peculio, quia non ex delicto servi venit ? neque enim recte dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. [Sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio judicis corrigendum]*. La phrase : « *Sed...* » est certainement interpolée (V. en ce sens : Faber, *Rationalia*, t. 2, 2, 234; Pampaloni, *Studi Senesi*, t. 16, p. 234; Marchi, *Bull.*, t. 16, p. 222, n. 2; Albertario, selon *Index Interp.*; Biondi, *op. cit.*, p. 193, n. 3; Krüger, *ad h. l. V.* en faveur d'interpolations plus importantes : Faber; Pampaloni; Biondi, *l. l. c. c.* et les autres auteurs cités par *Index Interp.*). Mais certainement Ulpien ne permettait d'intenter l'action *de effusis* contre le maître ou le père du *servus* ou *filius habitator*, ni *de peculio* ni *noxaliter* (V. en ce sens : Betti, *Atti*, Torino, t. 51, 1915, 1916, p. 1378; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 441). La question posée par Ulpien l'avait été également par Julien et Gaius (v. fr. 5, § 5 D. 44-7 cf. § 2 *Inst.* 4, 5). Gaius nous dit fort exactement que celui contre lequel on intente l'action *de effusis* n'est ordinairement pas le vrai coupable. Le jurisconsulte ajoute alors : « *Ideo si filiusfamilias seorsum a patre habitave-*

Il est question d'une *condictio ex causa furtiva de peculio* dans les fr. 19 D. 13-1, 3, § 12, D. 15-1 et, bien que moins clairement, dans le fr. 30 pr. D. 19-1 que nous étudierons un peu plus loin.

Si l'on en croit les compilateurs, Paul nous dirait au fr. 19 D. 13-1 : « *Julianus ex persona filiae, quæ res amovit, dandam in patrem conductionem in peculium respondit* », et Ulpien au fr. 3, § 12, D. 15-1 : « *Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat. An vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quæritur : et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam : idem Labeo probat, quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune* ».

rit, et quid ex coenaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est : Juliano placuit in patrem, neque de peculio, neque noxalem dandam esse actionem : sed cum ipso filio agendum ». M. Biondi qui croit le fr. 1, § 8 D. 9-3 interpolé (*op. cit.*, p. 193, n. 3) efface au fr. 5, § 5 D. 44-7 les mots « *neque de peculio, neque* » et « *sed cum ipso filio agendum* ». La suppression des mots : *sed etc.* ne peut pas être admise. On pouvait, en principe, agir directement contre le *filius* comme s'il était *paterfamilias* et sans qu'il y ait à distinguer entre les actions réipersécutoires et les actions pénales (v. *infra*, numéro 5). Mais faut-il admettre avec MM. Pampaloni (*op. cit.* p. 234) et Biondi (*op. cit.* p. 193, n. 3) que l'action de *effusus* était donnée *noxaliter* contre le maître ou le père du *servus* ou *filius habitator* malgré les fr. 1, § 8 et 5, § 5 citées ? « *L'esercizio dell'actio noxalis, dit M. Biondi, qui non doveva presentare difficoltà dal momento che il dominus risponde noxaliter in base all'edito del fr. I, p. D. eod.* » (Cf. Pampaloni, *op. cit.*, p. 232). Et M. Biondi, qui soutient ailleurs l'interpolation de la partie du fr. 1 pr. qu'il invoque ici, s'empresse d'ajouter : « *il principio è classico quantunque il testo sia corrotto* ». En réalité, la fin du fr. 1 pr. depuis *si servus* effacée par M. Biondi, est classique (v. Lenel, Z. S. S. f. R., t. 47, 1927, p. 21). Il résulte de ce texte que le préteur permettait au maître *habitor* de se libérer en prouvant l'identité du coupable et en faisant l'abandon noxal de celui-ci (V. Lenel, Ed. Perp., p. 174; Z. S. S. f. R., t. 47, p. 21). Mais, comme le signale M. Lenel (v. Zeitschrift citée), l'édit ne visait nullement l'hypothèse envisagée au § 8 de ce même fragment, où c'est, non le maître, mais l'esclave ou le fils qui est *habitor*. L'édit permettait l'abandon noxal du coupable; or, l'esclave ou le fils *habitor* n'a commis aucun délit, il n'a lui-même rien jeté sur la voie publique.

Le premier de ces fragments est, à notre avis, celui qui prête le moins le flanc à la critique. L'expression : *condictio in peculium* n'est pas, comme on l'a soutenu ⁽⁸⁴⁾, inusitée chez les classiques. Mais contre l'authenticité de ce texte militent tout d'abord l'in vraisemblance de la règle ici énoncée; en second lieu, l'interpolation analogue, mais beaucoup plus reconnaissable, du fr. 3, § 12, D. 15-1 ⁽⁸⁵⁾.

Le fragment 3, § 12, D. 15-1 est sûrement interpolé et les auteurs l'admettent actuellement ⁽⁸⁶⁾. On peut y

(84) En ce sens Pampaloni, *op. cit.*, p. 71; Betti, *op. cit.*, p. 1385; Huvelin, *Furtum*, p. 625; en sens contraire Biondi, *op. cit.*, p. 103.

La *condictio* dont il est question dans ce texte ne peut être que la *condictio ex causa furtiva* (Selon Zanzucchi, *Riv. ital. sc. giur.*, t. 47, 1906, p. 18, ce serait la *condictio ob injustam causam*, ce qui est inadmissible (v. Betti, *l. c.* et Biondi, *op. cit.* p. 104). On peut alors s'étonner que l'action donnée contre le *paterfamilias* soit ici, non l'action *rerum amotarum*, mais la *condictio ex causa furtiva*. Parmi les auteurs qui ont étudié ce texte, plusieurs remplacent *condictionem* par *actionem* (von Mayr, *Condictio*, p. 194 suiv.; Riccobono, *Annali Palermo*, t. 3-4, 1917, p. 556, n. 4; 633 suiv.) ou par *actionem rerum amotarum* (Levy Konkurrenz, t. 1, p. 452). MM. Betti et Biondi, au contraire, soutiennent que les jurisconsultes, pour lesquels l'*amotio rerum* constituait un *furtum*, donnaient contre la femme la *condictio ex causa furtiva*. Plus vraisemblablement, à notre avis, Paul se plaçait ici dans une hypothèse, où bien qu'il y ait *amotio rerum*, il n'était pas possible d'intenter l'action *rerum amotarum* : il fallait alors intenter la *condictio ex causa furtiva*. Le prêteur, en effet, n'accordait, dans l'édit, l'action *rerum amotarum* que lorsque le mariage était dissous par divorce (v. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 309).

(85) Les mots *in peculium* au fgt 19 D. 13-1, sont effacés par Pampaloni, *op. cit.* p. 228 et Huvelin, *Furtum*, p. 625 (cf. Riccobono, *l. c.*, qui remplace *condictionem in peculium* par *de peculio actionem*). M. Betti, *op. cit.*, p. 1385 corrige ainsi ce texte : « ... *condictionem <utilem> in [peculium] <id quod ad eum pervenit ex rebus amotis>*. » C'est en ce dernier sens que nous nous prononçons.

(86) V. déjà Faber, *Rationalia*, t. 3, p. 428; parmi les auteurs modernes, v. dans des sens différents : Pampaloni, *op. cit.*, p. 228-230; Solazzi, *Bull.*, t. 17, p. 234 (M. Solazzi avait tout d'abord admis l'authenticité de ce texte, v. *Bull.*, t. 11, p. 135 suiv.); Zanzucchi, *Riv. ital. sc. giur.*, t. 42 (1906), p. 19; von Mayr, *Condictio*, p. 80 suiv.; Albertario, *Rendiconti Lombardo*, t. 46 (1913), p. 346; Krüger, *Dig. Nov. Suppl.*; Huvelin, *op. cit.*, p. 600 suiv.; Betti, *op. cit.*, p. 1383; Wlassak, *Anklage und Streitbefestigung*, p. 141; Beseler, *Beiträge*, t. 4, p. 298; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 446; Biondi, *op. cit.*, p. 104 suiv.; Lenel, *Edict. Perp.*, p. 309 n. 2 (v. encore Schifordeger cité par *Index Interp.*).

relever, en ce qui concerne la forme, plusieurs incorrections et cette tournure byzantine : « *in dominum de peculio dandam* » (87). En outre, le jurisconsulte, dans la deuxième phrase, pose la question à laquelle il va répondre, aussi bien au sujet du vol commis par un esclave que de celui commis par un fils, tandis que dans la suite du texte, il ne s'agit que du premier cas, ce qui est peu logique (88). Mais surtout, il est fait ici mention d'une « *condictio ex causa furtiva de peculio in quantum locupletior dominus factus est* ». Ces deux limites à l'obligation du *paterfamilias* sont incompatibles (89). La responsabilité du *paterfamilias* reposerait sur des bases juridiques différentes vis-à-vis d'une *condictio ex causa furtiva de peculio* et vis-à-vis d'une *condictio ex causa furtiva in quantum locupletior factus est*. On ne conçoit guère une *condictio* dans la limite du pécule et dans celle de l'enrichissement du maître. Ou bien l'action dirigée contre le maître est une action pour enrichissement injuste et elle doit atteindre tout cet enrichissement quelle que soit la valeur du pécule, ou bien c'est une action *de peculio* et elle doit aboutir à une condamnation dans la mesure de tout le pécule, même si l'enrichissement du maître est inférieur à la valeur du pécule.

Enfin, le raisonnement attribué au jurisconsulte est peu logique (90). Le maître, nous dit-on ici, sera passible d'une *condictio ex causa furtiva de peculio* dans

(87) V. von Mayr et Huvelin, *l. l. c. c.*

(88) V. Levý, *op. cit.*, t. 1, p. 446, n. 3.

(89) Cf. les diverses explications présentées par les anciens auteurs, notamment par Savigny, *op. cit.*, t. 5, p. 534; Mandry, *op. cit.*, t. 2, p. 237; Desjardins, *Traité du vol*, p. 253 suiv.

(90) Cf. Huvelin, *op. cit.*, p. 601.

la mesure de son enrichissement, parce qu'il est injuste qu'il retire un bénéfice du vol commis par son esclave. Or, la valeur du pécule pouvant être inférieure à l'enrichissement du maître, ce dernier retirait incontestablement, dans ce cas, un enrichissement du vol de son esclave, s'il n'était pas tenu au delà du pécule. Le motif invoqué par Ulpien et Labéon justifie une action contre le maître dans la mesure de son enrichissement, mais de tout son enrichissement.

On s'est demandé si, en ce qui concerne la *condictio ex causa furtiva*, les mêmes règles étaient appliquées suivant que le vol était commis par un esclave ou un fils. Et, l'on a soutenu que le créancier du fils pouvait seulement agir contre celui-ci, puis la condamnation étant prononcée, intenter contre le *pater* une action *judicati de peculio*. Nous examinerons la question plus loin ⁽⁹¹⁾. Mais, le créancier de l'esclave qui, certes, ne pouvait pas agir de cette manière, devait avoir un recours contre le *dominus*. Les jurisconsultes avaient trop le sens de l'équité pour ne pas lui venir en aide ⁽⁹²⁾. Quelle action lui donnaient-ils ? Etant

(91) V. *infra*, numéro 3.

(92) M. von Mayr, *op. cit.*, p. 75-83, pense que tout ce passage a été adaptée à la *condictio ex causa furtiva* par les Compilateurs, tandis qu'Ulpien n'y traitait que de l'action *rerum amotarum*; v. en sens contraire Biondi, *op. cit.*, p. 105.

A notre avis, Ulpien s'occupait réellement de la *condictio ex causa furtiva*. Celle-ci ne pouvant pas être donnée noxalement contre le *paterfamilias*, on pouvait fort bien se demander sous quelle forme et dans quelles limites elle compétait contre lui. La question fut toutefois débattue de bonne heure; Labéon avait déjà admis la responsabilité du *paterfamilias* dans les limites de son enrichissement (fr. 3, § 12 D. 15-1). Mais la discussion devait rebondir, en ce qui concerne la *condictio nomine filii* après la doctrine de Marcellus, aux termes de laquelle on pouvait intenter de *peculio* l'action *judicati* (fr. 3, § 11 D. 15-1). Le créancier ayant le droit d'agir directement contre le *filius*, puis de pour-

donnée l'interpolation évidente du fr. 3, § 12, et l'origine certainement byzantine de l'action qui y est mentionnée, trois conjectures sont possibles : Ulpien donnait contre le *dominus* ou bien une *condictio ex causa furtiva de peculio* ⁽⁹³⁾; ou bien une action *in id quo locupletior factus est* ⁽⁹⁴⁾, ou encore ni l'une ni l'autre, la *condictio* étant intentée *noxaliter* ⁽⁹⁵⁾.

Nous avons déjà indiqué pour quelles raisons il était, *a priori*, bien invraisemblable que les jurisconsultes aient permis d'intenter *de peculio* la *condictio ex causa furtiva*. Est-il plus probable qu'ils l'aient donnée contre le *paterfamilias* comme action noxale? M. Pampaloni ⁽⁹⁶⁾ invoque en ce sens le fait que la *condictio ex causa furtiva* ne pouvait pas être intentée *de peculio*. L'auteur pense, en effet, que toutes les actions nées du fait de personnes en puissance étaient données contre le *paterfamilias* ou *de peculio* ou *noxaliter*. On peut aisément repousser ce raisonnement comme celui analogue mais inverse de M. Biondi par l'exemple de l'action *de effusis vel dejectis* qui n'était donnée ni *de peculio* ni *noxaliter* contre le maître du *servus habitator* ⁽⁹⁷⁾.

On ne peut guère supposer que la *condictio ex causa*

suivre le *paterfamilias* avec l'action *judicati de peculio*, on pouvait se demander s'il était utile de conserver cette action anormale *in quantum pater locupletior factus est*. Or, c'est dans le passage qui précède le fr. 3, § 12 qu'Ulpien exposait la doctrine de Marcellus.

(93) V. en ce sens Beseler, Beiträge, t. 4, p. 299, et Biondi. *op. cit.*, p. 104 suiv.

(94) V. en ce sens Betti, *op. cit.*, p. 1384; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 440 suiv.

(95) Dans le sens d'une *condictio* subsidiairement noxale, v. Pampaloni, *op. cit.*, p. 226 suiv., suivi par Solazzi, Bull., t. 17, p. 284.

(96) *L. c.*

(97) V. Betti, *op. cit.*, p. 1378, n. 1.

furtiva, qui était une action réipersécutoire ⁽⁹⁸⁾, non une action pénale, ait été intentée *noxaliter* contre le maître du voleur. Nous savons, en outre, que cette action ne pouvait être intentée, ni contre l'acquéreur de l'esclave, ni contre celui-ci, *post manumissionem* ⁽⁹⁹⁾. Ce sont les règles inverses qui auraient été admises, si notre action avait été noxale (même seulement pour partie) en vertu du principe : *noxa caput sequitur*.

A la vérité, on n'a pas soutenu que la *condictio ex causa furtiva* ait été, à l'époque classique, uniquement noxale; mais l'on a cru assez souvent qu'elle était noxale subsidiairement. Elle aurait été intentée contre le maître dans la mesure de son enrichissement ou dans la double limite de l'enrichissement du maître et du pécule de l'esclave, et, pour le surplus, *noxaliter* ⁽¹⁰⁰⁾. Cette manière de voir semble trouver dans le fr. 4 D. 13-1 (Ulpian. *lib. 41 ad Sabinum*) un appui sérieux. Nous lisons, en effet, dans ce texte : « *Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit : in residuum noxæ servum dominus dedere potest* ». Mais, comme l'a démontré M. Levy ⁽¹⁰¹⁾, une semblable procédure était inadmissible à l'époque classique. On a voulu également voir dans ce texte une allusion à l'action *furti* noxale : c'est cette action qui serait donnée pour

(98) Cf. sur le caractère réipersécutoire de la *condictio ex causa furtiva* Biondi, *op. cit.*, p. 97 suiv.

(99) V. fr. 15 D. 13-1 M. Pampaloni lui-même (*op. cit.* p. 227) se prononce en ce sens.

(100) V. en ce sens : Solazzi, *Bull.*, t. 11, p. 134 suiv., 137 suiv.; t. 17, p. 234; Pampaloni, *op. cit.*, p. 226 suiv. et *Studi Senesi*, t. 17, p. 159, n. 38; Zanzucchi, *Rivista ital.*, t. 42, p. 46, n. 2; t. 47, p. 18, n. 5; Perozzi, *Ist.*, t. 2, p. 264, n. 3.

(101) *Op. cit.*, t. 1, p. 439.

le surplus ⁽¹⁰²⁾. Mais cela n'est pas davantage admissible pour l'époque d'Ulpien. L'action *furti* et la *condictio ex causa furtiva* poursuivaient des objets distincts. Le montant de la condamnation obtenue par la *condictio* ne se déduisait pas du montant de la peine privée, qui était tout profit pour la victime. Et cependant, c'est bien l'action *furti* qui est visée dans notre texte, mais celui-ci est interpolé. Selon M. Bossowski ⁽¹⁰³⁾, à l'époque classique, la *condictio ex causa furtiva* aurait eu seulement pour objet de poursuivre l'enrichissement du voleur, les Byzantins en auraient fait une action *ex delicto* en dommages-intérêts ; de là, la possibilité d'intenter la *condictio ex causa furtiva noxaliter*. En réalité, la *condictio ex causa furtiva* n'était pas, à l'époque classique, une action pour enrichissement ⁽¹⁰⁴⁾, mais un double de la *rei vindicatio*, et elle permettait d'obtenir la plus haute valeur de la chose volée malgré toute détérioration postérieure ou sa perte. A l'époque classique, comme au moment de la Compilation, la *condictio ex causa furtiva* était une action réipersécutoire. La transformation prétendue de la *condictio ex causa furtiva* en une action *ex delicto ad damnum resarciendum*, ne justifierait pas la

(102) V. en ce sens Savigny, Droit romain, t. 5, p. 556; Desjardins, *op. cit.*, p. 278; Girard, Manuel, p. 431, n. 2; R. H. de droit, t. 11, p. 416, n. 1; Bekker, Aktionem, t. 1, p. 305; t. 2, p. 123, n. 42; von Koschimbahr-Lyskowski, Condictio, p. 234 suiv. et les auteurs également cités en ce sens par M. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 438, n. 5. Cf. pour une ingénieuse mais inadmissible explication du fr. 4 D. 13-1, Accarias, Précis, t. 2, p. 1102, n. 1. Selon Accarias, le *paterfamilias* poursuivi par la *condictio ex causa furtiva* aurait pu faire l'abandon noxal du coupable; ce qui n'aurait pas eu pour effet de le libérer de son obligation pour enrichissement, mais d'éviter qu'on intente plus tard contre lui l'action *furti* (v. en sens contraire Solazzi, Bull., t. 11, p. 138).

(103) *Op. cit.*, p. 444-445.

(104) V. *infra*, note 140.

possibilité d'intenter cette action *noxaliter* ⁽¹⁰⁵⁾. M. Levy ⁽¹⁰⁶⁾ a d'ailleurs démontré que les compilateurs n'admettaient pas l'exercice de la *condictio ex causa furtiva* comme action noxale ; ils donnaient cette action contre le *paterfamilias*, *de peculio* et dans la mesure de son enrichissement. M. Biondi ⁽¹⁰⁷⁾ pense qu'Ulpien disait ici : « ...*condicendum est domino vel patre de peculio* » : les compilateurs auraient supprimé ces derniers mots et ajouté « *id quod etc.* ». Mais nous savons que, pour les compilateurs, la *condictio ex causa furtiva* devait être intentée *de peculio*. Il est dès lors peu vraisemblable que ceux-ci aient effacé dans notre texte, les mots *de peculio* ; d'autant plus que, par la rédaction même du passage, ils pouvaient, sans difficulté, ajouter à la mention de la limite du pécule celle de l'enrichissement du maître. Si les mots *de peculio* s'étaient trouvés dans le texte original d'Ulpien, les compilateurs auraient corrigé celui-ci de la manière suivante : « *condicendum est domino de peculio id quod ad eum pervenit* ».

Pour les classiques, la *condictio ex causa furtiva* n'était donnée *nomine servi*, ni comme action *de peculio* ni comme action noxale, mais *in id quod ad dominum pervenit*. Les Byzantins ont, d'une part, apporté à cette obligation une nouvelle limite, celle du *peculium servi*, et, d'autre part, fusionné, au moins dans une certaine mesure, cette action avec l'action *furti* noxale.

(105) La théorie de M. Bossowski n'explique pas non plus pour quel motif la *condictio ex causa furtiva* ne serait noxale que *in residuum*.

(106) *Op. cit.*, t. 1, p. 439.

(107) *Op. cit.*, p. 108.

Nous trouvons une doctrine intermédiaire entre la doctrine classique et celle de Justinien dans la constitution suivante : (c. 4 pr. C. 3-41) des empereurs Dioclétien et Maximien : « *Si servus ignorante domino vel sciente et prohibere nequente res tuas vi rapuit, dominum ejus apud præsidem provinciæ, si necdum utilis annus excessit, quadrupli, quod si hoc effluxit tempus, simpli noxali judicio convenire potes : qui si noxæ maluerit servum dedere, nihilominus cum ipso quantum ad eum pervenit experiri non prohiberis : [nam si eo conscio et prohibere valente, detracta noxæ deditioe conventus ad summam condemnationis solvendam omnimodo compellendus est]* » ⁽¹⁰⁸⁾. L'action *in quantum ad dominum pervenit* n'est autre que la *condictio ex causa furtiva* ⁽¹⁰⁹⁾. Les empereurs la distinguent encore nettement de l'action *vi bonorum raptorum noxale*, mais ils confondent dans une certaine mesure les objets de ces actions ⁽¹¹⁰⁾. Lorsque le maître a déjà été poursuivi au moyen de l'action pénale il ne demeure tenu pour son enrichissement que s'il a procédé à l'abandon noxal du coupable; il est complètement libéré s'il a payé la *litis æstimatio*. Les compilateurs, au contraire, au fr. 4, permettent à la victime de faire valoir dans la même instance les réclamations qui donnaient lieu autrefois à deux procès distincts

On a soutenu cependant que la constitution 4 pr.

(108) Pour l'interpolation de la phrase « *nam si... compellendus est* », v. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 438.

(109) V. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 436.

(110) V. Levy, *l. c.*

citée, comme le fr. 4 D. 13-1, avaient été tous deux remaniés par les compilateurs ⁽¹¹¹⁾. Dans la constitution de Dioclétien, la phrase « *qui... prohiberis* » serait interpolée. Mais comme le remarque M. Levy, les indices de forme d'où l'on a voulu déduire l'interpolation de cette phrase sont de peu de poids vis-à-vis d'un texte post-classique. Selon M. Biondi ⁽¹¹²⁾, Dioclétien donnait ici la *condictio ex causa furtiva* comme action de *peculio*. Et, comme la *condictio* et l'action pénale avaient des objets distincts, il nous disait qu'après l'abandon noxal du coupable, on pouvait encore intenter la *condictio ex causa furtiva de peculio*. Cela n'est pas vraisemblable. Les compilateurs qui donnaient de *peculio* la *condictio ex causa furtiva*, n'auraient certainement pas effacé la mention du pécule, si celle-ci avait été faite dans le texte primitif de la constitution.

Les empereurs suivent le droit classique, en tant qu'ils distinguent l'action pénale et la *condictio* et qu'ils donnent cette dernière *in id quod ad dominum pervenit*; ils s'en écartent, en tant qu'ils comprennent l'enrichissement dans le montant de l'*æstimatio litis* ⁽¹¹³⁾. Pour écarter l'idée d'une innovation de Dioclétien et prouver l'interpolation de la phrase « *qui... prohiberis* » on a soutenu que l'empereur suivait rigoureusement, en principe, le droit classique ⁽¹¹⁴⁾. Mais avec cela il n'est pas démontré qu'il ne s'en soit jamais écarté. L'authenticité des doctrines conte-

(111) V. Albertario, Bull., t. 26, p. 118 et suiv. et dans le même sens Krüger et Biondi, *op. cit.*, p. 160.

(112) *Op. cit.*, p. 161.

(113) V. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 438.

(114) Biondi, *op. cit.*, p. 160.

nues dans la constitution de Dioclétien résulte d'une comparaison avec un édit de Théodoric qui s'inspire de cette constitution et en reproduit rigoureusement la substance ⁽¹¹⁵⁾.

La *condictio ex causa furtiva*, à l'époque classique, n'était donnée contre le maître du voleur, ni *de peculio*, ni *noxaliter*, mais *in id quod ad eum pervenit*. Il est question de cette obligation pour enrichissement du maître outre les fr. 4 D. 13-1; 3, § 12, D. 15-1 et c. 4 pr. C. 3-41, aux fragments 30 pr. D. 19-1 et 29 D. 18-1.

Au fr. 30 pr. D. 19-1, Africain nous dit ⁽¹¹⁶⁾ : « *Servus quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi facit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa conductionis sit factus. Nam licet, si jam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino conductionem eo nomine non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Secundum quæ dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenit* ».

Le raisonnement attribué à Africain et à Julien est le suivant. Les jurisconsultes supposent qu'un esclave,

(115) § 109. Cf. § 118 v. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 437-438.

(116) Africanus *lib. 8 Quæstionum*.

venu *cum peculio*, vole son premier maître *priusquam traderetur*. Ils nous disent que, dans ce cas, le vendeur pourra déduire du pécule la valeur de l'objet volé, même si celui-ci n'existe plus. Puis, incidemment, ils envisagent le cas où le vol est commis après la tradition de l'esclave. Ils énoncent alors cette règle surprenante : « *aut omnino condictionem etc.* ». Puis ils reviennent au premier cas considéré et ils déclarent que si le maître a livré tout le pécule sans rien déduire en raison du vol, il pourra réclamer le montant de la déduction qu'il aurait pu effectuer, au moyen d'une *condictio*, qui semble être, non la *condictio ex causa furtiva*, mais la *condictio indebiti*. Le texte se termine par l'énoncé d'une règle qu'Africain déduit logiquement de ce qui précède (*Secundum quæ dicendum...*).

L'authenticité de ce texte a été vivement contestée et des rectifications fort diverses en ont été proposées.

Les solutions présentées par les jurisconsultes, dans le cas de vol antérieur à la tradition de l'esclave, sont certainement conformes au droit classique. Avant la tradition, le vendeur est encore, malgré la vente, le maître de l'esclave et le propriétaire du pécule. Or, le maître peut, en cas de délit commis à son encontre par l'esclave, déduire du pécule de celui-ci le simple du dommage causé ⁽¹¹⁷⁾. Lorsque le maître a oublié de déduire du pécule ce que l'esclave lui devait, on comprend parfaitement qu'il puisse intenter la *con-*

(117) V. fr. 9, § 6 D. 15-1.

dictio indebiti. Le vendeur, en effet, a fourni une prestation plus grande que celle à laquelle il était tenu : il y a *plus solutio* ⁽¹¹⁸⁾. Toutefois, même la première partie du texte jusqu'à *nam* semble avoir été l'objet de remaniements, qui n'en ont d'ailleurs que peu déformé le sens. Il est peu vraisemblable que les jurisconsultes aient hésité à permettre la déduction lorsque la *res* n'existe plus, comme cela semble résulter des mots « *quamvis... nihilo minus* ». C'est surtout en cas de destruction de l'objet volé que la déduction est utile. En effet, lorsque la *res* existe, le maître n'a qu'à la reprendre et ce n'est pas une déduction car la *res* volée n'est pas devenue *peculiaris* ⁽¹¹⁹⁾. Mais, en cas de perte de l'objet volé, il va de soi que le maître déduira du pécule du voleur le montant de ce qu'il aurait pu réclamer à un homme libre au moyen de la *condictio ex causa furtiva*. Ou bien, Africain nous disait simplement après *mihi facit*, et pour compléter l'exposé de la situation de fait, « *ea res quam subripuit interierit* », puis il nous faisait connaître la réponse de Julien : « *retentionem etc.* » ; ou bien la déduction n'étant permise qu'en cas de perte de l'objet volé, ce qui est fort admissible, le jurisconsulte nous disait : « *Si ea res quam subripuit interierit retentionem etc.* » ⁽¹²⁰⁾. Ce sont les compilateurs qui, peut-être dans le but de renforcer l'opposition entre la solution proposée dans le cas ici envisagé et celle énoncée à la

(118) Les doutes élevés par Pernice (Labeo, t. 3, p. 251, n. 2) sur cette *condictio indebiti* ne sont pas justifiés. V. Solazzi, Bull., t. 17, p. 234. M. Riccobono (Annali Palermo, t. 3-4, 1917, p. 248, n. 1) efface les mots : « *vel quasi... solverim* ».

(119) V. fr. 4, § 2 D. 15-1.

(120) M. Pampaloni (*op. cit.* p. 229) remplace *quamvis* par *si*.

phrase *nam etc.*, ont introduit les mots *quamvis et nihilo minus*. Quant aux mots « *id est... peculium* », depuis longtemps ils sont considérés comme interpolés ⁽¹²¹⁾. Ils constituent simplement, à notre avis, une addition inutile des compilateurs ⁽¹²²⁾. On doit peut-être également supprimer la proposition « *quod etc.* ». Il va de soi que la déduction autorisée par Julien a lieu *ex causa condictiois* ⁽¹²³⁾.

Dans la phrase « *nam...* », les jurisconsultes touchent incidemment au cas où le vol est commis postérieurement à la tradition de l'esclave. Le vendeur, à ce moment, n'est plus maître de l'esclave, et, pour ce motif, la déduction n'est plus possible, même si tradition n'a pas encore été faite du pécule. Le vendeur est dans la situation d'un tiers volé par l'esclave d'autrui; aussi, les jurisconsultes ne lui accordent-ils, ni la déduction, ni, après livraison du pécule, la *condictio indebiti*; ils songent uniquement à la *condictio ex causa furtiva* ⁽¹²⁴⁾. On nous dit que le vendeur, ou bien

(121) V. Eisele, Z. S. S. f. R., t. 11 (1890), p. 8; Pampaloni, *op. cit.*, p. 228; Solazzi, Bull., t. 17, p. 234, n. 2; Studi Fadda, t. 1, p. 253, n. 1; Pflüger, *Condictio*, p. 16; cf. Biondi, *op. cit.*, p. 106, n. 6.

(122) Contrairement à ce que soutient Eisele, Africain aurait pu s'exprimer ainsi; cf. fr. 4, § 3 D. 15-1 (Pomponius, lib. 7 ad Sabinum).

(123) Cf. Betti, Bull., t. 28, 1915, p. 70, qui insère *naturaliter* entre *quod* et *debitor* et remplace *condictionis* par *furtiva*.

(124) Selon Huvelin, *op. cit.* p. 602 suiv., la *condictio* visée dans la phrase « *nam...* » serait, non la *condictio ex causa furtiva*, mais la *condictio indebiti*; ce qui n'est pas admissible. Il ne peut y avoir *plus solutio* et partant *condictio indebiti* que lorsque le vendeur a livré le pécule sans faire les déductions auxquelles il avait droit. Il a dans ce cas livré quelque chose de plus que le pécule. Or, dans l'hypothèse envisagée par Africain aucune déduction n'était possible, car l'esclave n'appartenait plus au vendeur lorsqu'il l'a volé. Cela est si vrai que celui qui a vendu un esclave sans son pécule ne peut pas, lorsqu'il est poursuivi par l'action *annalis*, déduire de la valeur du pécule resté entre ses mains le montant des créances nées contre l'esclave après la vente (fr. 38, § 3 D. 15-1).

n'aura pas du tout la *condictio ex causa furtiva de peculio*, ou bien l'aura (c'est-à-dire la *condictio ex causa furtiva de peculio*) ⁽¹²⁵⁾ *quatenus peculium auctum fuisset*. Cette étrange décision ressemble beaucoup à celle attribuée à Ulpien au fr. 3, § 12, D. 15-1. Mais tandis qu'au fr. 3, § 12, il s'agit d'une *condictio ex causa furtiva de peculio in quantum locupletior dominus factus est*, au fr. 30 pr. D. 19-1, il s'agit d'une *condictio de peculio in quantum peculium auctum est*. Cette partie du fr. 30 pr. est certainement interpolée.

Africain et Julien ne pouvaient pas davantage songer à cette deuxième action qu'Ulpien au fr. 3, § 12, à la première. Mais quels sont le but et l'étendue de l'interpolation ? M. Biondi ⁽¹²⁶⁾ supprime les mots « *aut omnino... in proposito* ». Le jurisconsulte, à son avis, nous disait : « *Nam licet, si jam traditus furtum mihi fecisset et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere...* ». M. Biondi, qui efface également à la fin du texte, les mots « *quasi res mea ad te sine causa pervenerit* », pense que le raisonnement du jurisconsulte était le suivant. Si le vol est commis avant le transfert du *dominium*, le vendeur a la rétention *de peculio* et cela même si la chose a péri, parce que ce fait n'exonère pas le voleur de l'obligation de *restituere rem*. Lorsque le vol est postérieur à la tradition de l'esclave, le vendeur peut procéder à la ré-

(125) Il s'agit d'une *condictio* donnée comme action *de peculio* et non, comme le soutient Huvelin (*op. cit.* p. 604) d'une *condictio indebiti* en répétition de tout le pécule.

La *condictio* dont parle Africain n'est pas la *condictio indebiti*.
(126) *Op. cit.* p. 106 suiv.

tention, si le pécule n'a pas encore été livré, dans le cas contraire, il peut intenter la *condictio furtiva de peculio* ou la *condictio indebiti quasi plus debito soluto*. La doctrine que l'auteur attribue à Julien et à Africain est en contradiction avec les règles qui gouvernent le *jus deductionis* du maître. Lorsque le vol est commis après la tradition de l'esclave, le maître ne peut ni opérer une déduction — le mot *retentionem* ne peut désigner qu'une déduction, — ni, le pécule étant livré, intenter la *condictio indebiti*. La déduction n'est possible que pour les dettes envers le maître; or, on ne peut pas considérer comme telle une dette née *postquam servus traderetur*. En cas de livraison du pécule, le vendeur ne peut intenter la *condictio indebiti*; il n'y a pas, en effet, de *plus solutio* du moment que le vendeur, ne pouvant rien déduire, était contraint, en raison du contrat de vente, de livrer l'*omne peculium*. Les mots *tamen in proposito* doivent être conservés, et il est certain que, lorsque le vol était postérieur à la tradition de l'esclave, le vendeur n'avait à sa disposition, ni la déduction, ni la *condictio indebiti*.

Les jurisconsultes lui venaient-ils en aide et par quel moyen ?

M. Biondi ne veut pas admettre que la responsabilité de l'acquéreur ait été limitée à l'augmentation du pécule. Si, pense l'auteur, Julien et Africain permettent au *dominus* de déduire du pécule le montant du vol, c'est qu'ils mettent entièrement à la charge du pécule l'obligation sanctionnée par la *condictio ex causa furtiva*; dès lors il est inadmissible que la *condictio*, en cas de vol posté-

rieur à la tradition de l'esclave, n'ait pu être intentée que dans la mesure de l'augmentation du pécule. Si, nous dit M. Biondi, dans le premier cas, la *deductio ex peculio* remplace la *condictio*, pourquoi dans le deuxième, la *condictio* aurait-elle un contenu et des limites différents de ceux de la *deductio* ? On ne peut, en réalité, rien conclure de la *deductio* à l'*actio*. Le maître pouvait opérer des déductions en raison de faits qui ne justifiaient pas l'exercice d'une action *de peculio* de la part de tiers. Tandis que cette action ne pouvait être intentée que *ex negotio gesto*, le maître avait le droit de déduire du pécule le simple du dommage à lui causé par les délits de ses *subjecti*.

M. Biondi invoque encore en faveur de sa thèse la fin du texte (« *Secundum quæ...* ») où il est question, à son avis, d'une *condictio ex causa furtiva* non limitée à l'accroissement du pécule. Mais si la théorie de M. Biondi était exacte, cette *condictio* devrait être donnée *de peculio*, or il n'est fait aucune allusion au pécule. Quelle était d'ailleurs la *condictio* visée ici par Africain ? Ce ne peut être que la *condictio indebiti* dont le jurisconsulte vient de nous parler dans la phrase qui précède ⁽¹²⁷⁾. Dans notre texte Julien et Africain ne s'occupent qu'incidemment de l'hypothèse où le vol est postérieur à la tradition de l'esclave. A partir des mots *tamen in proposito*, il n'en est plus question. Africain suppose donc à la fin du texte que le vol étant commis avant la tradition de l'esclave, les deniers volés ont été par erreur remis avec le pécule à l'acquéreur qui les a consommés de bonne foi. Il nous dit alors que le vendeur pourra in-

(127) V. en ce sens Partsch, Z. S. S. f. R., t. 32 (1911), p. 449.

tenter la *condictio indebiti*, et cela découle logiquement de ce qui précède : en effet, les deniers volés ne sont pas devenus *peculiares*, en les livrant avec le pécule, le vendeur a fourni une prestation plus grande que celle à laquelle il était tenu. Toutefois, la précision finale « *quasi res mea ad te sine causa pervenit* » pourrait faire douter qu'il s'agisse de la *condictio indebiti*. Mais ces mots appartiennent, sans doute, aux compilateurs ⁽¹²⁸⁾. Ceux-ci, ne sachant peut-être pas discerner de quelle *condictio* il s'agissait, ont voulu présenter cette action comme étant la *condictio sine causa* ⁽¹²⁹⁾. C'est à tort par contre que l'on a attribué aux compilateurs toute cette partie du texte ⁽¹³⁰⁾. Le raisonnement d'Africain est d'une logique impeccable et, étant données les différences qui existent entre l'hypothèse envisagée par Africain dans la phrase « *secundum quæ...* » et celle dans laquelle se plaçait Julien, on saisit aisément toute l'utilité de ce passage.

Nous croyons avec M. Betti ⁽¹³¹⁾ qu'il faut supprimer dans la phrase « *nam...* » les mots *aut omnino* et remplacer le second *aut* par *sed*. Les jurisconsultes donnaient au vendeur la *condictio ex causa furtiva* seulement dans la mesure de l'augmentation du pécule. Africain avait sans doute écrit : « *Nam licet, si*

(128) V. en ce sens : Partsch, *l. c.* ; Biondi, *op. cit.*, p. 106.

(129) C'est sur l'existence ou la non existence de cette *condictio sine causa* à l'époque classique, qu'ont surtout portées les controverses auxquelles cette partie du texte a donné lieu.

(130) Toute la fin du fr. 30 pr., depuis *secundum*, est effacée par Pflüger. Cic. Rede pro Roscio Com., p. 39 suiv. (cf. Z. S. S. f. R., t. 43, 1922, p. 150, n. 1, et Beseler, Z. S. S. f. R., t. 47, 1927, p. 364, et Beit., t. 3, p. 157). V. en sens contraire : de Koschembar-Lyskowski, Die Condictio als Bereicherungsklagen, t. 2, p. 239 suiv. ; Duquesne, N. R. H., t. 32 (1908), p. 223 ; Hayman, Jher. Jahrb., t. 41 (2^e série), 1927, p. 196 ; 229. Cf. Betti Bull., t. 28 (1915), p. 67, qui introduit *facto meo* entre *ad te* et *sine causa*.

(132) Atti Torino, t. 51 (1915-1916), p. 1376.

jam traditus furtum mihi fecisset, condictioem eo nomine de peculio non haberem sed eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset... » ⁽¹³²⁾. Les compilateurs, nous le savons, donnent la *condictio ex causa furtiva nomine servi* dans la double limite du pécule de l'esclave et de l'enrichissement du maître; ils ont essayé d'introduire ici encore cette doctrine.

L'action donnée contre l'acquéreur n'est pas une action *de peculio*. Julien et Africain suivent la même doctrine qu'Ulpien. L'acquéreur, comme tout maître d'un esclave voleur, est passible de la *condictio ex causa furtiva* dans la mesure de son enrichissement. Mais, dans le cas considéré au fr. 30 pr., l'enrichissement de l'acquéreur consiste en ce que ce dernier a, grâce au vol, un pécule plus important que celui qu'il a acheté ⁽¹³³⁾. Les jurisconsultes nous disent à dessein que le vendeur, pour un vol postérieur à la tradition de l'esclave, n'aura pas l'action *de peculio*, laquelle correspond à la déduction *ex peculio*, mais qu'il pourra simplement réclamer à l'acquéreur ce dont il s'est enrichi, en l'espèce, l'augmentation du pécule; c'est-à-dire, que, par la *condictio* qu'il intente contre l'acquéreur, il ne sera pas indemnisé dans la mesure de tout le pécule, comme il l'était dans l'hypothèse précédemment envisagée grâce à la déduction ou à la *condictio indebiti*, mais dans la mesure seulement de l'augmentation du pécule. En outre, par hypothèse, la *res* a péri, et il y a de la sorte toutes les chances pour

(132) Cf. les rectifications différentes proposées par MM. Pampaloni (*op. cit.*, p. 228) et Solazzi, Bull., t. 17, p. 236.

(133) V. Betti, *op. cit.*, p. 1376.

que le pécule ne soit pas accru. Les jurisconsultes voulaient ainsi, et par opposition, nous montrer la situation avantageuse du vendeur (en ce qui concerne le droit à indemnité) dans l'hypothèse où le vol est antérieur à la tradition de l'esclave.

Une allusion directe est encore faite à la *condictio ex causa furtiva in quantum locupletior dominus factus est* au fr. 29 D. 18-1. Ici c'est Ulpien qui parle et il nous dit : « *Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur: et ideo [sive] <etiam si> (134) non sit exceptum [sive exceptum sit] (135), ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. Unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta (136), condici potest videlicet quasi furtiva: hoc ita, si res ad emptorem pervenit* ». Dans le cas envisagé par Ulpien l'esclave a été vendu *sine peculio*. Ulpien suppose nécessairement que le vol a été commis après la tradition de l'esclave, sinon il ne donnerait pas contre l'acquéreur la *condictio ex causa furtiva*: il limite ici encore l'obligation du maître à son enrichissement. Le verbe *pervenire*, en effet, désigne dans le langage des jurisconsultes le fait d'enrichir.

Peut-on douter en présence des textes étudiés que la *condictio ex causa furtiva*, à l'époque classique, n'ait pas été donnée contre le maître du voleur dans la mesure de son enrichissement ? S'il faut choisir entre l'action *de peculio* et l'action pour enrichissement,

(134) Betti, *op. cit.*, p. 1376.

(135) Betti, *l. c.*

(136) Nous n'admettons pas l'introduction des mots : *et inde nova species facta* entre *subrepta* et *condici* proposée par M. Bossowski (*op. cit.*, p. 412). — V. relativement à la théorie de M. Bossowski sur la *condictio ex causa furtiva*, *infra*, note 140.

toutes les présomptions sont en faveur de cette dernière. C'eût été enfreindre ouvertement l'édit du préteur que de donner l'action *de peculio* en raison d'un vol; on comprend fort bien au contraire une action limitée à l'enrichissement du maître. S'il eut été injuste de donner contre le maître une *condictio in solidum*, il eût été également inique de lui permettre de s'enrichir au moyen des délits de ses esclaves.

On peut objecter que la *condictio ex causa furtiva* n'avait pas uniquement pour objet l'enrichissement du défendeur et qu'elle ne compétait que contre le voleur ou son héritier ⁽¹³⁷⁾. Mais l'action donnée contre le *paterfamilias* n'était, à notre avis, qu'une action utile ⁽¹³⁸⁾. Cela résulte de l'emploi dans les textes étudiés, du verbe « *dare* », pour indiquer que cette action peut être intentée contre le *paterfamilias* ⁽¹³⁹⁾.

III. — Les mêmes règles étaient-elles suivies lorsque le voleur était non un esclave mais un fils de famille ? On pouvait certainement intenter directement

(137) Fr. 12 D. 7-9. Elle n'était même pas donnée contre les complices, bien que ceux-ci soient passibles de l'action *furti* (fr. 6 D. 13-1 ; 21, § 10, D. 47-2).

(138) V. en ce sens Betti, *op. cit.*, p. 1376. Cf. Huvelin, *op. cit.*, p. 597.

M. Bossowski (*op. cit.*, p. 444 suiv.) voit, au contraire, dans la faculté accordée au volé de réclamer au *paterfamilias* le montant de son enrichissement une application normale des règles relatives à la *condictio ex causa furtiva*. On aurait pu intenter cette action contre une personne autre que le voleur et elle aurait permis seulement d'atteindre l'enrichissement du défendeur, lorsque la *res de qua agitur* se trouvait *in ejus dominio* et *apud eum*. En réalité la *condictio ex causa furtiva* compétait contre le voleur même en l'absence de tout enrichissement (v. note 140) ; et on comprend que cette action imaginée *odio furum* (Gaius, Com. 4, § 4) n'ait été donnée que contre le voleur.

(139) V. Betti et Huvelin, *II. cc.*

contre le *filius* la *condictio ex causa furtiva* ⁽¹⁴⁰⁾. Mais cette action était-elle encore donnée contre le *pater* comme action utile et dans la mesure de son enri-

(140) Nous avons en ce sens le témoignage de Paul au fr. 5 D. 13-1 et celui d'Ulpien au fr. 3, § 12, D. 15-1. M. Bossowski (*op. cit.*, p. 444-446) soutient cependant que la *condictio ex causa furtiva* ne compétait jamais directement contre le *filius*. Pour M. Bossowski, en effet, cette *condictio* ne pouvait être intentée contre le voleur que lorsque celui-ci était devenu propriétaire de la *res furtiva*, or le fils ne pouvait jamais en devenir propriétaire. (Cf. la théorie d'Huvelin selon lequel la *condictio ex causa furtiva* n'aurait pu être intentée anciennement qu'en cas de *furtum in proprium*, c'est-à-dire lorsque le voleur était devenu propriétaire de la chose furtive, et selon lequel encore il n'aurait été possible d'intenter la *condictio ex causa furtiva* contre un *filius* qu'à dater de Sabinus. Nous ne pouvons songer à rechercher ici la date de formation des règles énoncées par Paul et Ulpien. Mais ces règles nous semblent d'origine classique et bien antérieures à ces deux jurisconsultes). M. Bossowski introduit au fr. 5 D. 13-1 *non* devant *potest* et remplace un peu plus loin *fecit* par *dominus factus*. Ce fragment contient un raisonnement incontestablement peu logique et que l'on hésite à attribuer au jurisconsulte Paul (des doutes sur l'authenticité de ce texte ont déjà été élevés par Huvelin, *op. cit.*, p. 598). Mais, les compilateurs ont pu simplement réduire une plus longue dissertation de Paul et réunir maladroitement deux propositions primitivement séparées. Les rectifications que M. Bossowski apporte à ce texte supposent l'exactitude de sa théorie sur la *condictio ex causa furtiva*. Or cette théorie ne peut pas être admise ; elle est contredite par de très nombreux fragments du Digeste et même par le § 4 du Commentaire 4 de Gaius. Ces textes nous enseignent que la *condictio ex causa furtiva* pouvait être intentée contre le voleur, alors même que la revendication était possible ; autrement dit, alors même que le voleur n'était pas devenu propriétaire de l'objet volé. M. Bossowski déclare interpolés les textes du Digeste contraires à sa thèse. Mais il appuie principalement sa démonstration sur les contradictions qu'il croit relever entre plusieurs de ces textes. Ces contradictions n'existent pas, à notre avis. M. Bossowski oppose aux passages où Ulpien accorde au propriétaire volé, et la *vindicatio*, et la *condictio*, les fr. 11, § 2, D. 12-1 et 22, § 2, D. 13-7 où ce même jurisconsulte n'autoriserait l'exercice de la *condictio ex causa furtiva* qu'à défaut de tout autre moyen. Dans ces deux textes il n'est pas question, en réalité, de la *condictio ex causa furtiva*. Le § 4 Com. 4 de Gaius, texte directement contraire à la thèse de M. Bossowski, est ainsi rédigé : « *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere : si paret eum dare nobis oportere ; nec enim quod nostrum est dari potest ; cum scilicet id dari nobis intellegatur quod ita datur, ut nostrum fiat ; nec res quae nostra jam est, nostra amplius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine, fures etiam hac actione teneantur : si paret eos dare oportere, quamvis sit adversus eos hæc actio qua rem nostram esse petimus* ». L'action qua rem nostram esse petimus est la *vindicatio* et le texte de Gaius nous montre que la *condictio ex causa furtiva* compétait contre le voleur, même quand le volé, étant encore propriétaire de la *res furtiva*, pouvait intenter la *vindicatio rei*. M. Bossowski

chissement ? Ce qui peut en faire douter, c'est que, soit au fr. 3, § 12, D. 15-1, soit au fr. 4 D. 13-1, il n'est fait allusion à un vol commis par un *filius* qu'au début de ces textes tandis que les solutions proposées se rapportent uniquement au vol commis par un esclave. On peut alors supposer que les compilateurs ont ajouté au fr. 3, § 12, D. 15-1 « *in patrem vel* », au fr. 4 D. 13-1 « *vel filius familias* », et qu'ils ont oublié de mentionner, par la suite, le *pater* à côté du *dominus* ⁽¹⁴¹⁾.

(*op. cit.*, p. 402) soutient que Gaius visait par les mots « *actio qua rem nostram esse petimus* », non la *vindicatio*, mais l'action *ad exhibendum*. L'auteur pense, en effet, qu'une controverse s'était élevée entre les jurisconsultes sur le point de savoir si la *condictio* compétait au volé lorsque celui-ci avait à sa disposition l'action *ad exhibendum*.

Tandis que Gaius se serait prononcé pour l'affirmative au § 4 de son Commentaire 4, l'opinion contraire aurait été défendue par Ulpien au fr. 11, § 2, D. 12-1, Proculus au fr. 53 D. 12-6 et Pomponius au fr. 15 D. 12-4. Les textes cités d'Ulpien et de Proculus ne touchent pas à la *condictio ex causa furtiva*. Peut-être en est-il de même du fr. 15 D. 12-4 (v. en ce sens de Koschembar-Lyskowski, *op. cit.*, p. 182, n. 7, v. toutefois Huvelin, *op. cit.*, p. 580 s.). A l'appui de son interprétation du § 4, Com. 4, de Gaius, M. Bossowski invoque le § 51 de ce même Commentaire. Ici Gaius semble bien classer l'action *ad exhibendum* parmi les actions *quibus rem nostram esse petimus*. Il nous enseigne dans ce paragraphe que la *condemnatio* peut être *certae pecuniae* ou *incerta* : « *incerta est*, dit-il, *et infinita, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si rem agamus vel ad exhibendum ; nam illic ita est : quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna. Si non paret absolutio* ». M. Bossowski en conclut (p. 386) qu'au paragraphe 4, l'action visée par Gaius peut être aussi bien l'action *ad exhibendum* que la *vindicatio*. L'interprétation que M. Bossowski donne au § 4 de Gaius ne nous semble pas exacte. Si Gaius, au § 51, mentionne l'une à côté de l'autre la *vindicatio* et l'action *ad exhibendum* dont la *condemnatio* était rédigée de la même façon, c'est que l'action *ad exhibendum* est le plus souvent le prélude de la *vindicatio* à laquelle elle supplée parfois. (Supposons que le défendeur rende, par défaut d'exhibition, la *vindicatio* impossible, le dommage causé au demandeur sera compensé par la condamnation prononcée pour défaut d'exhibition). Mais il n'en demeure pas moins que l'action par excellence *qua rem nostram esse petimus*, est non l'action *ad exhibendum*, mais la *vindicatio*. Peut-on admettre que Gaius ait désigné ainsi au § 4, Com. 4, l'action *ad exhibendum* ? On le peut d'autant moins que Gaius, qui ne mentionne nullement ici l'action *ad exhibendum*, nous parle au paragraphe suivant de la *vindicatio*.

(141) V. Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 445, n. 8. — V. également pour la suppression des mots : *vel filius familias*, au fr. 4 D. 13-1 ; Faber, *Ration.*, t. 3, I, p. 409 ; Betti, *op. cit.*, p. 1378.

M. Levy invoque encore en ce sens un argument tiré de la règle énoncée au fr. 3, § 11, D. 15-1. Ici, Ulpien nous enseigne, sur l'autorité de Marcellus et de Papien, que, lorsqu'un fils de famille avait été poursuivi et condamné, on pouvait intenter contre son *pater* une action *judicati de peculio*, même si la première action était née *ex delictis*. La victime, remarque M. Levy, ne serait donc pas privée de tout recours si on lui refusait l'action pour enrichissement contre le *pater*; or, cette action ne pouvait être que subsidiaire. Cet argument ne nous semble pas convaincant. On ne pouvait refuser au créancier la *condictio* pour enrichissement en raison du caractère subsidiaire de cette action que, si au moment où le créancier réclame la délivrance de la formule, on était certain qu'il pouvait obtenir au moins le même résultat par l'action *judicati de peculio*. Cela on l'ignorait. En outre, la règle énoncée au fr. 3, § 11, n'est pas très ancienne. Lorsqu'elle a été formulée pour la première fois par Marcellus, on avait admis depuis longtemps l'obligation pour enrichissement du *paterfamilias*. Il est peu vraisemblable que les jurisconsultes aient depuis cette époque refusé au créancier du fils l'action pour enrichissement alors qu'une action *judicati de peculio* pouvait être pour lui beaucoup moins avantageuse. La règle de Marcellus, une fois admise, un débat a dû s'ouvrir sur la question de savoir, si l'action pour enrichissement pouvait être encore donnée contre le *pater nomine filii*. Mais, pour les raisons indiquées, les jurisconsultes devaient répondre affirmativement.

M. Levy suppose, en considération du rapport qui

existe entre le fr. 4 D. 13-1 et les fr. 57 D. 5-1 et 35 D. 9-4 extraits du même ouvrage d'Ulpien, que ce jurisconsulte avait écrit : « *Si servus furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit* (fr. 4). *<Filiofamilias vero (ex furtiva causa) ipsi condici potest: nam> ex delictis <sicut> ex contractibus in <eum> competit actio* (fr. 57 D. 5-1) *et si condemnatus fuerit, judicatum facere debet...* (fr. 35 D. 9-4).

Nous croyons qu'Ulpien disait au fr. 4 D. 13-1 : « *Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino <vel patri> id quod ad eum pervenit* ». Les compilateurs ont ajouté les mots « *in residuum noxæ servum dedere potest* » ⁽¹⁴²⁾. Et, comme ils n'admettent plus l'existence d'actions noxales *nomine filii*, ils ont supprimé les mots « *vel patri* » ⁽¹⁴³⁾.

En ce qui concerne le fr. 3, § 12, D. 15-1, M. Levy en propose la lecture suivante en considération du paragraphe précédent : « *<Ita agitur, si> ex furtiva causa filio familias condici <tur>. An vero (ou etiam ?) in dominum <servi> de peculio actio danda <sit>, quæritur <...> et est verius, in quantum locupletior dominus factus <sit> ex furto facto, actionem (condictionem ?) dandam: idem Labeo... locupletari* ».

Mais le rapport qui semble exister entre les paragraphes 11 et 12 du fr. 3 n'implique pas nécessairement les corrections que M. Levy apporte à notre texte. M. Betti donne de ce texte une lecture qui nous paraît bien meilleure. Selon cet auteur, Ulpien s'ex-

(142) Ces mots sont supprimés par MM. Levy, *l. c.*; Biondi, *op. cit.*, p. 108 suiv.; Huvelin, *op. cit.*, p. 605 suiv. — V. en sens différent : Lenel, *Pal.*, t. 2, p. 1167, n. 1; Solazzi, *Bull.*, t. 11, p. 137; Betti, *op. cit.*, p. 1382; Bossowski, *op. cit.*, p. 441-445.

(143) V. Huvelin, *l. c.*; Biondi, *op. cit.*, p. 109; Bossowski, *l. c.*

primait ainsi : « *Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat. An vero in patrem [vel in dominum] de peculio <condictio> danda [est] <sit> quæritur. Et est verius, <sicuti si servus furtum commisisset,> in quantum locupletior dominus ex furto facto <condictio in eum utilis dari deberet, ita et in patrem de eo quidem, quod ex re furtiva ad eum pervenit, condictionem utilem dandam esse,> de peculio <vero> actionem <, cum non ex negotio gesto veniat,> dandam <non esse>. Idem Labeo probat <in servo fure> quia iniquissimum es <set> ex furto servi dominum [locupletari impune] <amplius quam de eo quod ad eum pervenerit teneri>.*

Si, comme cela est probable, Ulpien, avant d'aborder la discussion contenue au § 12, avait déjà énoncé la doctrine ingénieuse de Marcellus, il pouvait fort bien nous dire : « *Ex furtiva causa etc.* ». Cette affirmation amenait tout naturellement la question : « *an vero etc.* ». En effet, étant donné la règle de Marcellus, on pouvait douter de l'existence d'une action pour enrichissement contre le *pater*. Au contraire, avec la lecture proposée par M. Levy, il n'est pas touché à la question de savoir si une action autre que l'action *judicati* pouvait être intentée contre le *pater*. Si la règle de Marcellus avait entraîné le refus de l'action pour enrichissement contre le *pater*, Ulpien aurait indiqué clairement cette conséquence importante au lieu de la laisser péniblement deviner par la non mention du *pater* dans l'énoncé de la question « *an vero...* ». En outre, avec la reconstruction proposée par M. Betti on s'explique fort bien pourquoi il n'est pas

fait mention du *pater* dans la suite du texte. En cas de vol commis par un esclave, il n'y avait aucune difficulté, puisque la règle suivie en cette matière était déjà connue de Labéon et qu'il n'y avait pas les mêmes raisons qu'en cas de vol commis par un fils, pour l'abandonner. Et précisément, Ulpien raisonnait par analogie en évoquant l'action qui, en pareil cas, était donnée contre le *dominus* et les raisons d'être de cette action qui sont les mêmes : c'est-à-dire que le *paterfamilias* ne doit pas être enrichi par le vol de ses *subiecti*. Nous ne pensons pas, en effet, qu'il faille complètement admettre les retouches que M. Betti apporte à la phrase « *quia...* ». Ce qu'il importait surtout de justifier, c'était l'obligation du *paterfamilias*, et, étant donné le fondement de cette obligation, la limite de l'enrichissement allait de soi. Le texte d'Ulpien se terminait probablement ainsi : « *Idem Labeo probat <in servo fure> quia iniquissimum es <set> ex furto servi dominum locupletari* ».

IV. — Dans la compilation, l'action *rerum amotarum*, comme la *condictio ex causa furtiva* est donnée de *peculio* contre le *paterfamilias* dans la mesure de son enrichissement. Ulpien est censé nous dire au fr. 3, § 12, D. 15-1, après les développements que nous connaissons déjà sur la *conditio ex causa furtiva* : « *Nam et circa rerum amotarum actionem filiæ familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio* ». Mais Ulpien ne pouvait pas davantage accorder sous cette forme et dans ces limites l'action *rerum amotarum* que la *condictio ex causa furtiva* et

cela pour les mêmes raisons. Il n'est d'ailleurs question d'une semblable action qu'au fr. 3, § 12, dans d'autres passages l'action *rerum amotarum* est donnée tantôt seulement de *peculio* ⁽¹⁴⁴⁾, tantôt seulement *in id quod ad patrem pervenit* ⁽¹⁴⁵⁾. A notre avis, les jurisconsultes classiques traitaient d'égale manière, en ce qui concerne la responsabilité du *paterfamilias*, l'action *rerum amotarum* et la *condictio ex causa furtiva*. Ils ne permettaient de l'intenter contre le *pater*, ni noxalement, ni de *peculio*, mais comme action utile *in id quod ad patrem pervenit* ⁽¹⁴⁶⁾.

L'idée d'une action *rerum amotarum* noxale a été défendue à différentes reprises et encore récemment par M. Biondi ⁽¹⁴⁷⁾. Mais cela est inadmissible, d'abord pour ce motif que l'action *rerum amotarum* était à l'époque classique une action réipersécutoire, non une action pénale ⁽¹⁴⁸⁾. Nous ne trouvons, en outre, au Digeste, aucun indice qui puisse laisser supposer que cette action ait été donnée noxalement contre le père de l'*uxor*, même subsidiairement ⁽¹⁴⁹⁾.

(144) Fr. 3, § 4, D. 25-2.

(145) Fr. 5 D. 25-2.

(146) V. en ce sens Betti, *op. cit.*, p. 1387, qui tient un raisonnement par analogie invoquant le fr. 5 D. 25-1.

(147) Biondi, *op. cit.*, p. 61, n. 5, 106 cf., p. 53, n. 2. V. également en ce sens : Zanzucchi, *op. cit.*, p. 33 suiv. et Pampaloni, *op. cit.*, p. 229 cf., p. 228, n. 25.

(148) V. Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 309.

(149) Et c'est là un nouvel argument en faveur de l'interprétation que nous avons donnée du fr. 4 D. 13-1. Les compilateurs, qui n'ont pas songé à faire de la *condictio ex causa furtiva*, donnée contre le *paterfamilias*, une action noxale, ont fondu cette action avec l'action *furti* qui ne compétait contre le *paterfamilias* que noxalement. Or, l'action *furti* ne se trouvant pas aux côtés de l'action *rerum amotarum*, une semblable fusion n'était pas possible.

Selon M. Levy, à l'époque classique, l'action *rerum amotarum* était donnée simplement de *peculio*. Et, c'est bien ce que prouverait le passage suivant de Paul, si ce texte n'était pas interpolé ⁽¹⁵⁰⁾ (fr. 3, § 4, D. 25-2) : « *Si filiafamilias res amoverit, Mela Fulcinus aiunt de peculio dandam actionem* ⁽¹⁵¹⁾, *quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed si pater adjuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat. Sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit* ». M. Levy ajoute une grosse importance au fait que Paul, dans ce passage, invoque l'autorité de deux jurisconsultes anciens : Mela et Fulcinus. L'auteur évoque la controverse qui, à son avis, s'est élevée parmi les anciens au sujet de l'origine délictuelle ou non délictuelle de l'action *rerum amotarum*. Mela et Fulcinus auraient contesté cette origine délictuelle et en conséquence donné de *peculio* l'action *rerum amotarum*. Dans l'idée de ces anciens jurisconsultes, le *res amovere* commis par l'*uxor*, pour la sûreté de ses reprises dotales, serait un *negotium*. M. Levy ne conteste pas que les jurisconsultes postérieurs aient considéré comme un délit le détournement commis par l'*uxor*. Mais ils ont, à son

(150) Contre l'authenticité de ce texte v. : Solazzi, Bull., t. 11 (1898), p. 141 suiv. ; 158 ; Pampaloni, *op. cit.*, p. 229 ; Zanzucchi, *op. cit.*, p. 12 ; Betti, *op. cit.*, p. 1386 ; Huvelin, *op. cit.*, p. 621 suiv. ; Biondi, *op. cit.*, p. 53, n. 2.

(151) Cf. fr. 6, § 2, h. t., dont l'interpolation ne fait plus aucun doute depuis l'article cité de M. Zanzucchi.

avis, conservé comme une anomalie l'action *rerum amotarum de peculio*. Cette action *de peculio* trouverait uniquement sa raison d'être dans l'absence d'une action noxale, aussi ne pourrait-elle être intentée que *viva filia*. Après le décès de la *filia*, l'action *de peculio* n'étant plus possible, compéterait contre le *paterfamilias* une action *rerum amotarum* directe pour son enrichissement, action auparavant exclue par le fait même de l'existence d'une action *de peculio*. M. Levy croit cependant que Papinien, pour une raison d'équité, donnait contre le père, lorsque le pécule était nul, une action utile pour enrichissement. Cette ingénieuse théorie a l'avantage de coordonner les solutions, au premier abord quelque peu disparates que nous trouvons dans la compilation, mais elle se heurte à de trop graves objections pour être admise ⁽¹⁵²⁾.

Nous ne pouvons pas croire que des jurisconsultes, même en très petit nombre, aient considéré comme un *negotium gerere* le *res amovere* de la *filia uxor*. Que la soustraction faite par la femme ne soit pas un délit, il n'en résulte pas que ce soit un *negotium*. Si Paul nous présente l'*uxor* comme étant en quelque sorte *domina* des biens de son mari, c'est uniquement pour justifier le refus de l'action *furti* contre la fem-

(152) Cf. la théorie de Desjardins, *op. cit.*, p. 278 suiv. Selon Desjardins, du vivant de la *filia*, le père pouvait être poursuivi, soit dans la mesure du pécule par l'action *rerum amotarum*, soit dans celle de son enrichissement par une action que l'auteur croit être une *condictio sine causa*; après le décès de la *filia*, seule cette dernière action aurait pu être intentée. Nous verrons que l'action *rerum amotarum* ne pouvait pas être intentée *de peculio*; quant à l'action utile pour enrichissement, ce n'est pas une *condictio sine causa* mais l'action *rerum amotarum* elle-même.

me. D'ailleurs, la controverse qui s'est élevée entre les jurisconsultes semble avoir porté sur la question de savoir, non si le *res amovere* était un délit, mais s'il constituait un *furtum*. Ce pouvait être un délit sans être un *furtum*. Dans la doctrine qui prévalut parmi les jurisconsultes, le détournement de l'*uxor* constitue un *furtum*. Si l'action *furti* est exclue, c'est seulement *constituto jure*. Ainsi, l'action *rerum amotarum* naît d'un délit, comme la *condictio ex causa furtiva*; pas plus que celle-ci, elle ne pouvait être donnée *de peculio* contre le *pater*.

En outre, l'action *rerum amotarum*, selon M. Levy, n'aurait été donnée que *viva filia*; on n'aurait pu l'intenter que pendant le temps où l'action *furti* noxale, si elle avait compété, aurait pu être intentée. Ne serait-ce pas là, non seulement une anomalie, mais une véritable monstruosité à l'époque classique ?

Ce qui justifie le caractère *utilis* de l'action *rerum amotarum* donnée par Papinien ⁽¹⁵³⁾ contre le *paterfamilias*, ce n'est pas l'existence d'une action *rerum amotarum de peculio*. Si l'action *rerum amotarum* ne revêt ni la forme de l'action *de peculio*, ni celle de l'action noxale, elle ne peut être intentée contre le *paterfamilias* que comme action utile et cela pour les mêmes raisons que la *condictio ex causa furtiva* ⁽¹⁵⁴⁾.

(153) Fr. 5 D. 25-2 (Papinian, *lib. 11 Quæst.*) : « *Viva quoque filia quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili iudicio petendum est* ».

(154) V. Betti, *op. cit.*, p. 1387. Huvelin (*op. cit.*, p. 630) pense lui aussi que l'action donnée contre le *paterfamilias in id quod ad eum pervenit ex rebus amotis* était un *utile iudicium* seulement du vivant de la *filia*. *Viva filia* l'action aurait été normalement une action *in solidum*. L'auteur s'exprime ainsi (p. 625) :

Au fr. 3, § 4, D. 25-2, les deux phrases commençant par *Sed* sont dans une étroite connexion. Le jurisconsulte suppose que le père veuille intenter l'action *rei uxoriæ adjuncta filia* et il nous dit qu'il ne lui sera permis d'agir que « *si filiam rerum amotarum judicio in solidum et cum satisfactione defendat* ». Il ajoute que si la *filia* est décédée, l'action *rerum amotarum* ne peut être intentée contre le *pater in solidum*, mais que celui-ci sera poursuivi par cette action dans la mesure de son enrichissement. C'est l'*adjunctio filia* au procès en restitution de la dot qui justifie l'obligation dans laquelle on met le *paterfamilias* de défendre la *filia in solidum* dans l'action *rerum amotarum*. Après le décès de la *filia*, le père peut intenter l'action *rei uxoriæ*, si la dot est profectice ⁽¹⁵⁵⁾ ; mais ni l'*ad-*

« l'action *in patrem*... se donne *in solidum*, comme une sorte d'action contraire de l'action *rei uxoriæ*, toutes les fois que le père redemande la dot *adjuncta filia persona*, c'est-à-dire après la dissolution du mariage par divorce et du vivant de sa fille » — et plus loin (p. 630) : « L'action *mortua filia* jusqu'à concurrence de l'enrichissement est l'action directe, la plus ancienne. Elle fonctionne contre le père pour suppléer au défaut de la *condictio ex causa furtiva*. Elle finit par fonctionner aussi, à titre utile, du vivant même de la fille. Mais dans quel cas est-on amené du vivant de la fille à agir contre le père autrement qu'*in solidum* ? La réponse nous est suggérée par le fr. 3, 4 (D. 25-2) : c'est lorsque le père n'agit pas *rei uxoriæ* ». Mais, en réalité, l'action donnée contre le *pater* dans la mesure de son enrichissement ne peut être qu'une action utile, que la *filia* soit en vie ou décédée. Cette action est donnée contre une personne qui n'est, ni le coupable, ni l'héritier de celui-ci, et elle est donnée, non *in solidum*, mais seulement dans la mesure de l'enrichissement du défendeur. Cette action est donc donnée en dehors de son domaine normal d'application. D'ailleurs les textes nous disent ordinairement que cette action est donnée, non qu'elle compète (*competit*) contre le *pater*. Ce n'est qu'au fr. 3, § 12, D. 15-1, que nous voyons employer le verbe *competere* relativement à cette action, mais ce texte est interpolé.

(155) Fr. 6 D. 23-3. (Pomponius, *lib. 14 ad Sabinum*) : Ulpian Reg. 6, 4.

unctio filia, ni la *defensio filia* ne sont possibles. L'action *rerum amotarum* qui ne peut être intentée contre le *pater in solidum* que du vivant de la *filia* et à titre de défenseur de celle-ci est alors donnée contre lui seulement dans la mesure de son enrichissement, et bien entendu, en raison de son caractère anormal comme action utile ⁽¹⁵⁶⁾.

La partie précédente où il est question d'une action

(156) Cette partie du texte (*Sed si pater... fin.*) est beaucoup moins suspecte que elle qui précède et nous croyons que l'on doit seulement y remplacer les mots *de dote* qui proviennent des compilateurs, par les mots *rei uxoriae iudicio* ou *r. u. nomine* qui seuls peuvent avoir été écrits par un jurisconsulte classique (v. en faveur de la substitution de *rei uxoriae* à *de dote* : Lenel, *Palingenesia*, t. 1, p. 695 ; 1274 ; Krüger ; Huvelin, *op. cit.*, p. 621).

Huvelin (*op. cit.*, p. 625 suiv.) pense qu'il s'agissait ici comme dans tous les textes où une action est donnée en raison des détournements d'une *filia familias*, non de l'action *rerum amotarum*, mais de la *condictio ex causa furtiva*. L'auteur part de cette idée que l'action *rerum amotarum* n'a sanctionné originairement que les détournements commis par la femme *in manu* (V. en ce sens Esmein, *Mélanges d'Histoire du droit et de critique*, p. 27 suiv., Zanzucchi, *op. cit.*, p. 71 suiv. et les auteurs cités). Huvelin en conclut (p. 631) : « ...lorsque la femme mariée qui avait commis le détournement n'était pas tombée sous la *manus* de son mari, mais était demeurée sous la puissance de son *paterfamilias*, l'action *rerum amotarum* n'avait pas lieu de s'appliquer. Rien d'étonnant à ce qu'on en revint aux sanctions ordinaires du *furtum* : le mari devait pouvoir intenter l'action *furti* et la *condictio ex causa furtiva* contre sa femme. Nous ignorons quand il a perdu ce droit pour l'action *furti*. Il l'a conservé plus longtemps pour la *condictio ex causa furtiva*, puisqu'il l'exerce encore, au temps de Mela et de Fulcinus, et même au temps de Paul, lorsque la femme est *alieni juris*. Ce n'est qu'au Bas Empire que cette survivance a disparu, et que le nom de l'action *rerum amotarum* a remplacé celui de la *condictio ex causa furtiva*, dans les dernières applications que celle-ci avait conservées dans le mariage libre ». Mais l'action donnée par Mela et Fulcinus ne peut pas être la *condictio ex causa furtiva* puisque pour ces jurisconsultes la *filia* n'est pas obligée *furti*. Huvelin prévoit l'objection, mais il l'écarte par une interprétation qui ne nous semble pas admissible, des mots « *quia displicuit eam furti obligari* » (v. *infra*, note 159). On doit bien plutôt penser avec M. Zanzucchi (*l. c.*) que l'exclusion de l'action *furti* a été étendue au cas de mariage sans *manus*, dès l'apparition de cette forme d'union, et que l'on a donné contre l'*uxor* non tombée *in manu* l'action que l'on donnait contre celle qui avait été mariée *cum manu* : l'action *rerum amotarum*. Huvelin (*op. cit.*, p. 628) signale exactement l'omission de *in* devant *rerum amotarum iudicio* au fr. 3, § 4, D. 25-2. Mais ce n'est pas là un indice certain d'interpolation ; *in* a pu être omis par un copiste.

rerum amotarum de peculio est certainement interpolée. L'explication « *quia displicuit eam furti obligari* » est mauvaise. De ce que l'*amotio rerum* n'est pas un *furtum*, il n'en résulte pas que ce soit un *negotium* ⁽¹⁵⁷⁾. Or, on ne peut agir *de peculio* que *ex negotio gesto*. En second lieu, l'action *de peculio* n'est pas une action subsidiaire, peu importe par conséquent que l'on puisse ou non directement agir contre la *filia*. Il faut au moins remplacer *peculio* par *eo quod ad patrem pervenerit* ⁽¹⁵⁸⁾. La démonstration de Paul serait alors plus admissible. Cette action utile pour enrichissement ne peut être donnée qu'à défaut d'autres moyens et l'on comprendrait que le jurisconsulte insiste sur ce fait, que le mari ne peut intenter, ni l'action *furti* noxale contre le père, ni l'action *rerum amotarum* contre la *filia*. Le mari ne serait pas, en effet, complètement privé de recours, du moins dans tous les cas, s'il pouvait agir contre la *filia*, lors même que celle-ci n'aurait aucun bien, car il pourrait intenter *de peculio* l'action *judicati*. Mais ce raisonnement que l'on pourrait à la rigueur admettre de la part de Paul ne pouvait pas être tenu par Mela et Fulcinius qui ignoraient la théorie attribuée par Ulpien à Marcellus au fr. 3, § 11, D. 15-1. Or, dans notre texte Paul n'expose pas sa propre doctrine mais celle de Mela et de Fulcinius. Paul, en effet, ne pouvait pas nous dire « *quia displicuit eam furti obligari* » puisqu'il nous dit ailleurs que l'*amotio rerum* est un vol obligeant la femme, mais que celle-ci n'est pas passible de l'action

(157) V. Betti, *op. cit.*, p. 1386.

(158) Betti, *l. c.*

furti seulement *constituto jure* ⁽¹⁵⁹⁾. Mela et Fulcinius disaient vraisemblablement que l'on donnait contre le *paterfamilias*, dans la mesure de son enrichissement, non la *condictio ex causa furtiva*, l'*amotio rerum* n'étant pas un *furtum*, mais l'action *rerum amotarum* (s. e. dans la mesure où l'édit permet d'intenter cette action). M. Betti ⁽¹⁶⁰⁾ rétablit de la manière suivante le texte de Paul : « *Si filia familias res amoverit, Mela et Fulcinius aiunt de [peculio] <eo quod ad patrem pervenerit> dandam actionem <rerum amotarum, non condictioem ex causa furtiva> quia displicuit eam furti obligari [vel ...actionem]... »*. Nous admettons cette lecture en remplaçant *eam* conservé par M. Betti par *uxorem*. *Eam* n'a aucun sens dans ce texte. Mais, avec l'introduction des mots *vel in ipsam etc.*, les compilateurs devaient nécessairement effacer *uxorem*.

Quant à la partie finale du fr. 3, § 12, D. 15-1, l'interpolation en est certaine ⁽¹⁶¹⁾. Outre l'inadmissibilité d'une action *de peculio* limitée à l'enrichissement du *paterfamilias*, il convient de signaler cette façon de parler : « *circa rerum amotarum actionem competiti actio de peculio...* », le verbe *competere* employé à l'occasion d'une action *rerum amotarum in id quod*

(159) V. fr. 1 D. 25-2. Selon Huvelin, les mots « *quia displicuit eam furti obligari* » signifieraient ici, non que la femme ne commet pas un vol ou n'est pas obligée en raison d'un vol, mais qu'elle n'est pas passible de l'action *furti* (Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 449, n. 7, croit que cette expression peut avoir ces deux significations, mais il lui donne cependant la première au fr. 3, § 4). En réalité, *furti obligari* ne peut pas signifier autre chose qu'être obligé en raison d'un vol ; c'est-à-dire ne pas commettre le délit de vol. Huvelin lui-même reconnaît ailleurs (p. 495, n. 2) que tel est le sens courant de l'expression.

(160) *Op. cit.*, p. 1386.

(161) V. Pampaloni, *op. cit.*, p. 230 ; Huvelin, *op. cit.*, p. 628-629 ; Levy, *op. cit.*, t. 1, p. 451 suiv. ; Beseler, B., t. 4, p. 298 ; Betti, *op. cit.*, p. 1383.

ad patrem pervenit. Enfin, la liaison entre les deux parties du fr. 3, § 12 (celle relative à la *condictio ex causa furtiva* et celle relative à l'action *rerum amotarum*) serait faite plus naturellement avec le mot *idem* qu'avec le mot *nam*. On a proposé diverses reconstitutions de cette partie finale du texte ⁽¹⁶²⁾. Nous croyons qu'on doit en réalité l'attribuer dans sa totalité aux compilateurs ⁽¹⁶³⁾.

V. — Si les jurisconsultes de la seconde moitié de l'époque classique ont refusé l'exercice de l'action *de peculio* en raison d'actes délictueux, non liés à des *negotia*, c'est à contre-cœur et parce qu'ils y étaient contraints par les termes mêmes de l'édit. Le pécule étant alors considéré comme le *quasi-patrimonium* des esclaves et des fils, on devait désirer mettre à sa charge toutes les dettes qui auraient grevé un patrimoine. Ce résultat, Marcellus l'a obtenu, en ce qui concerne le *peculium filii*, au moyen d'une très ingénieuse doctrine. Et cela ne doit point nous étonner de la part du jurisconsulte qui a fait triompher d'une façon définitive la conception du pécule comme le *quasi-patrimonium servi filiive*. Marcellus estime que le fait de défendre à une action doit être considéré comme un *negotium gerere* et que l'on peut, en conséquence, lorsque le *filius* a été poursuivi et condamné, intenter *de peculio* contre son *pater* l'action *iudicati*, quelle que soit l'origine de la première action. Ulpien nous rapporte cette doctrine en ces termes au

(162) V. Pambaloni, Huvelin, Beseler, Betti, *ll. cc.*

(163) En ce sens Levy, *l. c.*

fr. 3, § 11, D. 15-1 : « *Idem* (Papinien) *scribit judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. Quare et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat* ». Et le paragraphe précédent (fr. 3, § 10) nous apprend que Papinien et Ulpien appliquaient la même règle en cas de compromis du fils.

Malgré les termes très généraux dont se sert le jurisconsulte, on a voulu limiter le domaine d'application de la doctrine de Marcellus. Pour M. Levy ⁽¹⁶⁴⁾, Marcellus visait uniquement la *condictio ex causa furtiva*. Pour M. Biondi ⁽¹⁶⁵⁾, Marcellus songeait à des actions, qui, bien qu'elles aient pu, en raison de leur nature, être intentées *de peculio* contre le *pater*, ne pouvaient pas l'être en l'espèce pour des motifs spéciaux.

M. Levy estime que si la doctrine de Marcellus avait eu la portée que lui attribuent ordinairement les auteurs, elle aurait été en contradiction avec la maxime d'Ulpien « *ex pœnalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari* », et qu'elle aurait également contredit le principe des actions noxales en rendant le père responsable en raison des délits de ses fils *ultra ipsorum corpora*. Et M. Levy ajoute qu'on ne saisit guère quel motif aurait justifié une semblable entorse à

(164) *Op. cit.*, p. 444.

(165) M. Biondi pense qu'il était question de condamnations prononcées contre le *filius* à titre de représentant d'un tiers.

ce principe. Nous avons déjà exposé les raisons d'être de la doctrine de Marcellus; restent les deux autres objections de M. Levy. Il n'y a aucune contradiction entre la maxime d'Ulpien et la doctrine de Marcellus qu'Ulpien adopte d'ailleurs. Si on considère le fait de défendre à une action comme un *negotium gerere*, l'action *judicati* naît toujours *ex negotio* non *ex pœnalibus causis*, même si la première action était pénale. Il n'y a pas non plus incompatibilité entre le principe des actions noxales et la doctrine de Marcellus, pour des jurisconsultes qui considèrent le pécule plus comme la chose du *filius* que comme celle du *pater*. Le père n'est pas tenu personnellement *ultra corpora filiorum*. Quant au pécule, il est le gage des créanciers du fils. De toute façon, les apparences sont sauvées, si on considère le *judicium* comme un contrat, et c'était là l'essentiel pour Marcellus et les jurisconsultes qui l'ont suivi. M. Levy invoque encore ce fait que le § 11 se trouve dans un étroit rapport avec le § 12, où il est question de la *condictio ex causa furtiva*. Mais Ulpien pouvait fort bien exposer ici la règle de Marcellus, même si celle-ci avait une portée générale, pour en déduire des applications spéciales en matière de *condictio ex causa furtiva*.

M. Biondi admet bien que l'on puisse toujours intenter *de peculio* l'action *judicati* lorsque le *filius* a été poursuivi et condamné: mais il croit également que l'on ne pouvait pas agir *ex delicto* contre le *filius*. En matière délictuelle, le *filius familias* aurait été sans doute considéré comme obligé, mais durant la *patria potestas*, aucune action pénale n'aurait pu être intentée contre lui. L'auteur invoque à l'appui de sa

thèse le fr. 36, § 1, D. 47-2 et le § 9 des Sentences de Paul 2,31. Ulpien nous dit au fr. 36, § 1, D. 47-2: « ...*Qui filio vel servo vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non conveniantur* ». Mais il est probable que les mots *filio vel* ont été maladroitement introduits dans ce texte en vue de le compléter. Quant au texte de Paul, il n'est sans doute qu'une glose inspirée par le paragraphe précédent. Nous lisons aux §§ 8 et 9 Sent. 2, 31 : « (§ 8) *Si servus furtum fecerit, deinde manumissus sit aut alienatus, cum ipso manumisso vel emptore agi potest; noxa enim caput sequitur* ». (§ 9) *Filius familias si furtum fecerit, deinde emancipetur, furti actio in eum datur, quia in omnibus caput sequitur* ». Le paragraphe 9 est maladroitement copié sur le paragraphe 8. Il est seulement question ici de l'émancipation, c'est-à-dire de la manière la moins fréquente dont les fils de famille sortent de puissance. Mais le glossateur a choisi cet exemple parce que l'émancipation des fils est ce qui correspond le plus à l'affranchissement des esclaves. Les mots *in omnibus* sont choquants. Nous avons peine à croire que Paul se soit livré au jeu puéril qui consiste à construire deux formules à peu près identiques, l'une relative aux esclaves, l'autre aux *fili*. On comprend, en outre, que Paul justifie l'exercice de l'action *furti* contre l'esclave émancipé par la règle *noxa caput sequitur*, bien qu'Ulpien nous dise que les esclaves s'obligent civilement par leurs délits. Cette dernière conception pouvait être spéciale à Ulpien et pendant longtemps on a vu dans l'exercice de l'action contre l'esclave seulement une conséquence du principe : *noxa caput sequitur*. On comprend, par con-

tre, beaucoup moins cette explication relativement aux *filii* qui, à l'époque de Paul, étaient obligés par leurs délits ou leurs contrats *tamquam paterfamilias*. Si, comme le croit M. Biondi, les fils de famille ne pouvaient être directement poursuivis en raison de leurs délits par suite de l'existence d'une action noxale contre le *paterfamilias*, Paul nous aurait dit que l'on pouvait agir contre le fils après sa sortie de puissance, parce qu'il n'était plus possible d'intenter l'action noxale contre son *pater*.

Mais vraiment l'existence d'une action noxale contre le *pater* entraîne-t-elle, comme le croit M. Biondi, interdiction d'agir directement contre le *filius* ? M. Biondi nous dit que l'*actio noxalis* trouve sa raison d'être dans l'incapacité du coupable de paraître en justice; et qu'elle perdrait cette raison d'être si on pouvait agir contre le *filius*. Mais l'action noxale a une origine fort ancienne. Elle existait *nomine filii* bien avant que l'on eût reconnu aux *filii* la capacité de s'obliger et de paraître en justice. Et, on comprend qu'elle se soit par la suite maintenue à côté de l'action directe, alors que le plus souvent le fils n'avait aucun bien qui puisse servir au paiement de la peine pécuniaire.

Justinien nous déclare aux Institutes ⁽¹⁶⁶⁾ que la capacité du fils de défendre aux actions pénales était admise par les *veteres legum commentatores* et rien ne permet de penser que ces *veteres*, comme le soutient M. Biondi, soient des professeurs byzantins plu-

(166) § 7, Inst. 4-8.

tôt que les jurisconsultes classiques eux-mêmes ⁽¹⁶⁷⁾.

La capacité du *filius familias* de défendre en justice en son propre nom semble avoir été admise par les jurisconsultes classiques, aussi bien à l'égard des actions pénales que des actions contractuelles. Il convient de rappeler tout d'abord la formule très générale de Gaius au fr. 39 D. 44-7 : « *Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest* ». Selon M. Biondi, les compilateurs, sans rien changer à la forme de ce texte, en auraient généralisé la portée, en l'introduisant dans le titre « *de obligationibus et actionibus* ». Ce texte serait extrait d'un passage relatif au titre « *de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* » de l'édit ⁽¹⁶⁸⁾ ; et ainsi, la possibilité d'agir contre le fils *ex omnibus causis* regarderait ces actions que l'on peut exercer contre le fils en qualité de *cognitor*, *procurator*, *defensor*, c'est-à-dire *nomine alieno*. Cette interprétation nous semble condamnée par la manière même dont s'exprime Gaius. Celui-ci affirmait ce principe très général que le fils pouvait s'obliger et défendre *tanquam paterfamilias*, pour en déduire qu'il pouvait également défendre en justice *nomine alieno*.

Une preuve plus complète encore nous semble résulter de deux textes d'Ulpien, séparés par les com-

(167) M. Biondi (*op. cit.*, p. 45-46) signale un certain nombre de textes interpolés où il est question d'actions pénales dirigées directement contre le *filius*. Mais ces interpolations peuvent s'expliquer autrement que par une reconnaissance tardive de la faculté pour le *filius* de défendre aux actions pénales. (En ce qui concerne le fr. 1, § 7, D. 9-3, l'interpolation des mots *in ipsum etc.* n'est pas certaine — d'ailleurs l'action *de effusis* ne naissait pas *ex delicto* et n'était pas pénale comme le croit M. Biondi).

(168) V. en ce sens également Lenel, *Edictum Perpetuum*, p. 87.

pilateurs, mais faisant partie du même développement dans l'œuvre du jurisconsulte. Il s'agit des fr. 57 D. 5-1 et 35 D. 9-4 ⁽¹⁶⁹⁾ que M. Lenel ⁽¹⁷⁰⁾ a groupés dans l'ordre suivant : (fr. 57 D. 5-1) « *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio* (fr. 35 D. 9-4) ⁽¹⁷¹⁾ *et si <ex delictis>* ⁽¹⁷²⁾ *condemnatus fuerit, iudicatum facere debet* ⁽¹⁷³⁾ : *tenet enim condemnatio quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii duntaxat de peculio posse conveniri. <.....>* (fr. 57 D. 5-1) *Sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem duntaxat de peculio et quod in rem ejus versum est. Certe si quasi [procurator] <cognitor>* ⁽¹⁷⁴⁾ *alicujus filiusfamilias iudicium accepe-*

(169) Ces deux fragments proviennent du livre 41 *ad Sabinum* d'Ulpien.

(170) Palingenesia, t. 2, Ulpianus, n° 2873.

(171) M. Levy (*op. cit.*, t. 1, p. 445) donne de cette partie du fr. 57 D. 5-1, une lecture différente et en harmonie avec les rectifications qu'il apporte au fr. 4 D. 13-1, fragment qui précédait le fr. 57 dans l'ouvrage d'Ulpien. Le jurisconsulte, selon M. Levy, disait au fr. 4 : « *Si servus furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit* », puis il ajoutait (fr. 57 première partie) : « *<Filiofamilias vero (ex furtiva causa) ipsi condici potest : nam> ex delictis sicut ex contractibus in <eum> competit actio* ». Mais le fait que le fr. 4 précédait dans l'œuvre d'Ulpien la première partie du fr. 57 n'implique pas nécessairement la restitution de M. Levy. Nous avons soutenu qu'Ulpien au fr. 4 donnait contre le *paterfamilias*, en raison des vols commis par un de ses esclaves ou un de ses fils, une action utile *in id quod ad eum pervenit*. Ulpien pouvait parfaitement se placer au fr. 57 à un point de vue général et affirmer le principe : « *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio* ».

Pampaloni (*op. cit.*, p. 226) supprime au fr. 57 (première partie) les mots : « *Tam ex contractibus quam* ». Cela n'est pas admissible étant donné que cette partie du fragment sert de préambule à une dissertation relative, à la fois aux actions *ex delicto* et aux actions *ex contractu*, dirigées contre un *filius*.

(172) V. Duquesne, *Translatio iudicii*, p. 687, n. 1. — Cf. Seckel, *die Haftung de peculio und de in rem verso*. Festgabe, Becker, 1907, p. 332.

(173) Contre la substitution de *duci iubet* à *iudicatum facere debet*, proposée par Seckel, *op. cit.*, p. 327, n. 2, v. Duquesne, *l. c.*

(174) Seckel, *op. cit.*, p. 367, n. 2. M. Duquesne (*l. c.*) déclare cette rectification vraisemblable bien que discutable.

rit, mortuo eo, in eum quem defenderit, trans [actio] <latio> vel <actio> (175) judicati datur ».

Selon M. Biondi (176), il était question dans ces textes de la *condictio ex causa furtiva* qui, à son avis, compétait en même temps contre le fils et de *peculio* contre le *pater*. Le début du fr. 57 serait interpolé. Ulpien nous aurait dit : « *in filium familias compeiit condictio ex causa furtiva* ». M. Biondi remarque exactement que la *translatio iudicii* n'est admissible que pour les actions qui auraient pu être intentées contre le père de *peculio* (177). Mais cette objection tombe devant l'interprétation que M. Duquesne a donnée à ces textes, interprétation seule exacte et que M. Biondi ne repousse par aucun argument décisif.

Tandis que le fr. 35 D. 9-4 est relatif aux actions naissant de délits et de celles-là seules, le fr. 57 D. 5-1 (deuxième partie) ne touche qu'aux actions *ex contractu* (178). Nous ne pouvons que reprendre les arguments excellents que l'on a déjà fait valoir en ce sens. Le fr. 35 est inséré au Digeste sous le titre « *de noxalibus actionibus* ». En second lieu, l'action est donnée contre le père *post condemnationem filii dumtaxat de peculio*. Il n'est pas question de la clause relative à l'*in rem versio*. Or, les délits ne pouvaient jamais fonder une *versio in rem* (179). Quant à la suppression par les compilateurs des mots *ex delictis*, M. Duquesne

(175) Seckel et Duquesne, *II. cc.*

(176) *Op. cit.*, p. 49.

(177) V. en sens contraire Seckel, *op. cit.*, p. 367, et Duquesne, *op. cit.*, p. 689, n. 1.

(178) V. Duquesne, *op. cit.*, p. 687, n. 1.

(179) M. Duquesne (*l. c.*) invoque encore le fait que le fr. 35 fait allusion à l'exécution du jugement prononcé contre le *filius*, exécution qui n'aurait pu avoir lieu qu'en matière délictuelle.

l'explique en disant que ces mots n'avaient plus aucune utilité avec l'insertion du fr. 35 D. 9-4 sous le titre *de noxalibus actionibus*. Elle s'explique aussi par la liaison étroite qui, dans la compilation, existe entre ce texte et le fr. précédent dont il apparaît comme la suite. Les mots *ex delictis* auraient détruit ce rapport.

Le fr. 57 D. 5-1 (deuxième partie), au contraire, est relatif aux actions *ex contractu*; cela résulte de ce que la *translatio* est possible et de ce que le *pater* pourra être condamné, non seulement *de peculio* mais encore *de eo quod in rem ejus versum est*.

M. Biondi objecte simplement, pour repousser cette interprétation, qu'Ulpien ne pouvait pas passer avec une semblable désinvolture d'un sujet à un autre. L'argument nous semble sans force. La manière dont Ulpien raisonne est fort logique. Sa dissertation est annoncée par cette règle générale : « *tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio* ». Le jurisconsulte était alors amené à étudier les conséquences de cette capacité du fils, aussi bien en ce qui concerne les obligations *ex delicto* que celles *ex contractu* ; et, il faisait une comparaison entre les règles suivies dans l'un et l'autre cas. Entre la deuxième partie du fr. 57 D, 5-1 et le fr. 35 D. 9-4, il y avait sans doute un passage qui faisait la transition entre les deux groupes d'hypothèses envisagées. Les compilateurs qui divisent la dissertation d'Ulpien en deux parties qu'ils insèrent au Digeste sous des titres différents n'avaient pas à conserver ce passage. Ainsi, Ulpien affirme que l'on peut agir contre le *filius ex*

delictis, et, dans la partie du passage relative aux délits, il applique la théorie de Marcellus. Si le fils est poursuivi en raison de délits, et condamné, le jugement pourra être exécuté contre lui ou bien donner lieu contre le *paterfamilias* à l'action *judicati de peculio*.

Malgré les raisons théoriques et pratiques, qui, au cours de l'époque classique, devaient pousser les jurisconsultes à mettre à la charge du pécule toutes les obligations des personnes en puissance, les jurisconsultes cependant ont respecté les termes de l'édit, où l'action de *peculio* était donnée seulement *ex negotio*. Ils n'ont permis d'intenter cette action, en raison de faits délictueux, que lorsque ces faits se trouvaient liés à un *negotium*. Mais la théorie ingénieuse de Marcellus, tout en respectant les termes de l'édit, mettait à la charge du pécule même les dettes délictuelles des fils ; elle grevait pratiquement le pécule du fils des obligations qui frappaient le patrimoine d'un *sui juris*.

§ IV. — LES CRÉANCES ET DETTES ENTRE MEMBRES DE LA « DOMUS », EN TANT QU'ÉLÉMENTS DU PÉCULE.

I. Les articles de déduction et d'imputation avant la formation de la notion d'obligation naturelle. — II. L'érection de ces articles de déduction et d'imputation en *debita* et *nomina naturalia*. Les conséquences de cela.

Si la notion d'*obligatio naturalis* a permis à la jurisprudence classique de consacrer, en ce qui concerne le droit des tiers créanciers du pécule, des solutions

nouvelles, importantes et heureuses, elle a permis également aux jurisconsultes de mieux dégager la personnalité du *subjectus* au regard de ces articles de déduction et d'imputation dont on tenait compte depuis une époque ancienne dans l'évaluation du pécule.

Nous étudierons d'abord ces articles de déduction et d'imputation en nous plaçant avant la formation de la notion d'*obligatio naturalis*. Nous rechercherons ensuite quelles furent, en cette matière, les conséquences de la reconnaissance aux *subjecti* de la faculté de s'obliger et d'obliger *naturaliter*.

I. — Dès l'époque de Servius, nous le savons, on tenait compte dans l'évaluation du pécule des dettes de l'*alieni juris* envers son *paterfamilias* ou d'autres membres de la *domus* et de ses créances contre ces personnes. Le préteur lui-même s'était spécialement occupé dans l'édit sur l'action *tributoria* des dettes de l'*alieni juris* envers son *paterfamilias* appelant ce dernier à la *tributio mercis* en concours avec les autres créanciers de la *merx peculiaris*. Nous savons également pourquoi il était alors possible de tenir compte de ces créances et dettes, cependant sans valeur *jure civili*, et que l'on ne concevait même pas encore comme des *obligationes naturales*. Le motif s'en trouve dans la conception du pécule comme un compte distinct des *rationes dominicæ*. Cette *separatio a rationibus dominicis* est de l'essence du pécule et Tubéron la souligne dans sa définition ⁽¹⁾. Le pécule et le reste

(1) Fr. 5, § 4, D. 15-1.

du patrimoine du *paterfamilias* constituent deux comptes distincts entre lesquels peuvent s'effectuer des échanges de valeurs, soit par la remise d'objets corporels, soit par la création d'articles de déduction ou d'imputation.

On admettait l'existence de ces échanges de valeurs, non seulement entre le patrimoine direct du *paterfamilias* et le pécule, mais encore entre les pécules des personnes soumises à la même *potestas* (2). Cependant, c'était le *paterfamilias* qui servait d'intermédiaire dans le règlement de ces articles de déduction ou d'imputation entre les pécules de ses *servi* ou *fili*i. Il en résultait que tout se passait comme si le *paterfamilias* était lui-même créancier ou débiteur, sauf en ce qui concerne le montant de l'imputation qui était limité à la valeur de la déduction qu'il pouvait effectuer sur le pécule débiteur (3). Servius assimilait les dettes envers d'autres *subjecti* aux dettes envers le *paterfamilias* (4); et, Tubéron ne crut pas nécessaire d'en faire une mention spéciale dans sa définition du pécule, les désignant implicitement par les mots « *deducto inde si quid domino debetur* » (5).

A la suite de quels actes ou de quels faits naissaient ces articles de déduction ou d'imputation ?

Pomponius nous donne la réponse en ces termes au fr. 49, § 2, D. 15-1 : « *Ut debitor servus domino vel dominus servo intelligatur ex causa civili computan-*

(2) V. relativement aux créances et dettes entre personnes soumises à la même *potestas*, les fragments suivants qui apportent le témoignage d'anciens jurisconsultes : fr. 9, § 3 ; 17 D. 15-1.

(3) Fr. 17 D. 15-1.

(4) Fr. 9, § 3, D. 15-1.

(5) V. *supra*, p. 60-61.

dum est ». Les rapports entre maître et esclave doivent être appréciés conformément aux règles du droit positif. Il en résulte que le maître et l'esclave ne peuvent être censés créanciers ou débiteurs l'un de l'autre que dans les cas où ils le seraient s'ils étaient *sui juris*. C'est là une règle ancienne, car nous la voyons déjà appliquer par Nerva Atilicinius et Pegasus (6). Et, sans doute, elle fut dégagée dès que l'on eut admis l'existence d'articles de déduction ou d'imputation dans la *computatio peculii*. Le pécule et le patrimoine direct du maître constituent des masses patrimoniales distinctes. Il était naturel de ne tenir compte, pour la détermination des articles de déduction ou d'imputation, que des rapports qui, selon le droit positif, auraient donné naissance à des obligations entre *sui juris*.

Mais il y avait-il lieu à déduction ou à imputation dans tous les cas où une obligation serait née entre *patresfamilias* ? Oui, s'il s'agit d'obligations contractuelles. Mais s'il s'agit d'obligations délictuelles, des distinctions sont à faire. Le *paterfamilias* ne peut pas être censé commettre de délits à l'encontre des personnes en sa puissance. Il n'y a donc aucune imputation au pécule en raison de délits du *paterfamilias* contre l'*in potestate* (7). Il en est autrement, en principe, entre personnes soumises à la même *potestas*. Le délit est possible. Il donne lieu à une déduction sur le pécule du *subjectus* coupable et à une imputation au

(6) Fr. 6, § 4, D. 33-8 et sur ce texte *v. supra*, p. 164 suiv.

(7) Fr. 9 pr. D. 15-1.

pécule de la victime (8). Le montant de la dette à déduire est établi de la même manière que lorsque le délit est commis contre le *paterfamilias*.

Lorsqu'un *alieni juris* avait commis un délit contre son *paterfamilias*, ce dernier pouvait déduire du pécule du coupable le simple du dommage qu'il avait subi, non le montant de la peine privée (9). L'explication en est simple. La peine privée remplace l'exercice de la vengeance, or le *paterfamilias* a le coupable en sa *potestas* et peut le punir librement. Ulpien nous dit ainsi au fr. 17 pr. D. 47-2 : « *Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsis autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare* ».

Si le *paterfamilias* ne peut pas être censé commettre de délits contre les personnes en sa puissance, c'est par application des principes généraux; et c'est également par application des règles du droit positif que le *paterfamilias* ne peut déduire du pécule du *subjectus* coupable envers lui que le simple du préjudice qu'il a subi.

Le maître et l'esclave sont donc censés être créanciers ou débiteurs l'un de l'autre dans les cas seulement, mais dans tous les cas, où le seraient deux *sui juris*, à moins qu'il n'y ait à cela un obstacle provenant des règles générales du droit positif.

Cela nous explique pourquoi le *paterfamilias* peut produire, lors de la *tributio mercis*, des créances nées de délits ou déduire du pécule le montant de telles

(8) Fr. 9, § 1, D. 15-1. Toutefois l'ordinaire ne devait pas être censé commettre des délits contre son vicaire.

(9) Fr. 9, § 6, D. 15-1 ; 9, § 1, D. 33-8.

créances, tandis que les tiers ne peuvent poursuivre le maître *de peculio* ou exiger la *tributio mercis* qu'en raison de *negotia*. Le prêteur, qui voulait établir une représentation contractuelle du *paterfamilias* par ses *subjecti*, n'avait promis l'action *de peculio* et les autres actions adjectices que pour les créances nées de *negotia*. Au contraire, les rapports entre *paterfamilias* et *subjecti* étant appréciés *ex causa civili*, on devait tenir compte, dans les cas et dans la mesure indiqués, des délits commis à l'intérieur de la *domus*.

A une époque où l'on ne connaissait pas encore la notion d'*obligatio naturalis*, les créances et dettes nées entre membres de la *domus* ne pouvaient avoir d'effets que comme éléments du pécule. Servius décide ainsi que la disposition par laquelle le maître lègue à son esclave affranchi le montant de ce qu'il lui devait est nulle ⁽¹⁰⁾, tandis que ce même juriconsulte compte dans l'actif du pécule les créances du *subjectus* contre les autres membres de la *domus* ⁽¹¹⁾.

Ces créances n'ayant une valeur que comme éléments du pécule, on ne pouvait sans doute en tenir compte dans la *computatio peculii* que lorsqu'elles étaient nées postérieurement à la concession du pécule. Enfin, le *paterfamilias* cessait d'être débiteur du *subjectus* dès qu'il lui plaisait de ne plus l'être, de même que sa seule volonté suffisait à faire qu'un bien ne soit plus *peculiaris* ⁽¹²⁾.

Les créances et dettes entre membres de la *domus* avaient pour seul effet d'accroître ou de diminuer le

(10) Fr. 40, § 3, D. 35-1.

(11) Fr. 17 D. 15-1 ; 3, § 2, D. 40-7.

(12) Fr. 7, § 6, D. 15-1.

pécule par imputation ou déduction. Nous savons en vertu de quelle idée les jurisconsultes du dernier siècle de la république avaient admis cette déduction dont le prêteur n'avait pas parlé dans l'édit sur l'action *de peculio* ⁽¹³⁾. A ce moment, on concevait les masses patrimoniales comme des sommes d'argent, où les dettes constituaient l'*æs alienum*. Quand on voulait établir quels étaient les *bona* d'une personne, comme *bona* désigne *civiliter*, seulement les biens dont nous avons le droit de jouir, on déduisait de cette masse d'argent que la personne était censée avoir en mains, l'*æs alienum*, le surplus était l'*æs suum*, ses *bona*. Pour établir la consistance du pécule, on déduisait, d'une manière analogue de l'actif du pécule le montant des dettes envers le *paterfamilias*.

En matière d'action *de peculio* la déduction apparaît comme un simple droit de rétention n'affectant pas la qualité de *res peculiares* des objets du pécule ⁽¹⁴⁾. Au contraire, dans les cas où le pécule est l'objet d'un acte de disposition à titre particulier, la déduction entraîne une diminution effective du pécule ⁽¹⁵⁾. Ainsi le vendeur d'un esclave *cum peculio*, qui n'a pas pris soin de se payer avec le pécule avant de livrer ce dernier, peut intenter la *condictio indebiti* ⁽¹⁶⁾; le legs *per vindicationem* du pécule, lorsque quelque chose est dû au maître, ne transfère la propriété que d'une partie proportionnelle de chaque *res peculiaris* ⁽¹⁷⁾. Toutes ces règles, d'ailleurs compatibles

(13) V. *supra*, n. 182 suiv.

(14) V. fr. 4, § 5; 11, §§ 3, 4, 5, D. 15-1.

(15) Cf. Solazzi, Studi Fadda, t. 1, p. 352, n. 1.

(16) Fr. 11, § 7, D. 15-1; 30 pr. D. 19-1.

(17) Fr. 6 pr.; 8 pr. D. 33-8.

avec la conception du pécule comme une universalité juridique, se sont vraisemblablement formées à une époque où le pécule était simplement traité comme une masse de *bona*. Elles paraissent imposées par cette manière de voir qui était celle des jurisconsultes de la fin de l'époque républicaine. Malgré la règle « *bona non sunt nisi deducto ære alieno* », l'individu obéré est cependant propriétaire de chaque *bona* pris individuellement. En matière de pécule il en est de même. Malgré la règle « *peculium est deducto quod domino debetur* », chaque objet du pécule demeure *res peculiaris*. Mais lorsqu'un individu donne, vend ou lègue ses *bona*, ce qu'il donne, vend ou lègue, c'est l'actif passif déduit. De même, lorsque le *paterfamilias* donnera, lèguera ou vendra le pécule, il ne s'agira que de l'*æs peculiare*, c'est-à-dire de l'actif déduction faite des dettes envers le *paterfamilias*; d'où une diminution *ipso jure* du pécule à transmettre ⁽¹⁸⁾.

L'existence d'articles de déduction et d'imputation dans l'estimation du pécule n'impliquait nullement reconnaissance aux *subjecti* d'une capacité juridique, d'une personnalité distincte de celle du *paterfamilias*. Le *subjectus* n'était aucunement créancier ou débiteur des membres de la *domus*. Il n'y avait pas un lien personnel entre lui et le *paterfamilias* ou les autres *subjecti*. La notion d'*obligatio naturalis* a-t-elle eu pour effet de donner un autre aspect à ces articles de déduction ou d'imputation; a-t-elle modifié les règles qui les gouvernait antérieurement ?

(18) Cf. sur la nécessité de cette diminution *ipso jure*, fr. 6 § 1, D. 33-8.

II. — Les esclaves et les fils de famille furent reconnus capables d'obliger les membres de la *domus* ou de s'obliger envers eux *naturaliter*. Javolenus, déjà admettait que le maître puisse être débiteur naturel de son esclave, et dans les œuvres des jurisconsultes postérieurs nous trouvons maints exemples d'obligations naturelles entre membres de la *domus*.

La reconnaissance de ces obligations naturelles n'était pas sans intérêt pratique, bien que l'on ait pu tenir compte auparavant, pour l'évaluation du pécule, des créances et dettes nées entre membres de la *domus*.

Ces créances et dettes existaient indépendamment de tout pécule. Elles pouvaient faire l'objet d'une fidéjussion ⁽¹⁹⁾. Le *paterfamilias* pouvait déduire du pécule une dette antérieure à la *concessio peculii* ⁽²⁰⁾. Le paiement fait après affranchissement ou émancipation ne pouvait pas être répété ⁽²¹⁾. Enfin, le maître pouvait valablement léguer à son esclave, indépendamment du pécule, le montant de ce que celui-ci lui devait, et c'est à l'occasion d'un tel legs que l'*obligatio naturalis* est mentionnée dans le plus ancien texte qui en parle ⁽²²⁾.

Mais, d'une part, toutes les créances et dettes dont on tenait compte auparavant dans la *computatio peculii* ont-elles été reconnues comme des *obligationes naturales*; d'autre part, toutes les *obligationes natura-*

(19) Fr. 16, §§ 3 et 4, D. 46-1 ; § 119 a, Gaius, Com. 3.

(20) Cf. fr. 11, § 8 ; 27, §§ 1 et 6 ; 38, § 3 ; 47, § 4, D. 15-1 ; 6, § 5 ; 7 D. 33-8.

(21) Fr. 64 D. 12-6 ; 16, § 4, D. 46-1.

(22) Fr. 40, § 3, D. 35-1.

les nées entre membres de la *domus* pouvaient-elles donner lieu à déduction ou à imputation ?

Nous trouvons dans la compilation deux critères de l'existence de créances ou dettes entre membres de la *domus*. D'abord la règle de Pomponius : « *Ut debitor servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est* ». Puis, cette considération d'Ulpien au fr. 11, § 2, D. 15-1 ⁽²³⁾ : « *...naturalia enim debita spectamus in peculii deductione* ». Comment doit-on interpréter cette seconde proposition ?

Ulpien rapporte et justifie dans ce texte une décision rendue par Julien au livre 12 de ses *digesta*. Julien décidait que, si un esclave avait exigé paiement d'un débiteur du maître, ce dernier ne pouvait déduire du pécule de l'esclave le montant de l'argent reçu qu'en cas de ratification par lui de l'opération. On peut fort bien ne voir dans cette décision que l'application pure et simple du principe énoncé par Pomponius au fr. 49, § 2, D. 15-1. Si l'esclave était un *sui juris*, à défaut de ratification il ne serait pas obligé envers le *dominus*, mais le serait envers le débiteur pour avoir reçu de lui le paiement de l'indu. Après ratification, le *dominus* pourrait intenter l'action *negotiorum gestorum contraria* contre l'*accipiens* et celui-ci serait libéré envers le débiteur. Mais Ulpien est censé dans la compilation justifier ainsi la sentence

(23) Ulpianus, lib. 29 ad edictum : « *Sed si a debitore domino servus exegerit, an domini debitorem se fecerit, quaeritur et Julianus, lib. 12 digestorum non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset quod exactum est [: eadem et in filio familias dicenda erunt]. Et puto veram Juliani sententiam : naturalia enim debita spectamus in peculii deductione [: est autem naturæ æquum liberari filium vel servum obligatione, eo quod indebitum videtur exegisse]. »*

de Julien : « *Et puto veram Juliani sententiam: naturalia enim debita spectamus in peculii deductione est autem naturæ æquum liberari filium vel servum obligatione, eo quod indebitum videtur exegisse* ». Ulpien semble faire de l'existence d'une *obligatio naturalis servi* le critérium de la déduction et en même temps n'admettre comme *obligationes naturales* et ainsi comme obligations déductibles que les dettes conformes à l'équité naturelle. On peut se demander toutefois, si l'explication attribuée à Ulpien ne constitue pas une interpolation. C'est en ce sens que se prononce M. Vazny (24). Seule l'interpolation des mots « *est autem naturæ æquum etc.* », nous paraît certaine. Ulpien pouvait justifier la décision de Julien par les mots « *naturalia enim debita etc.* », bien que cette même décision fût en parfait accord avec la règle énoncée au fr. 49, § 2, D. 15-1. Les règles exposées aux fr. 49, § 2, et 11, § 2, D. 15-1 se ramènent l'une à l'autre. Et voici comment. C'est une règle du droit positif qui exclut toute obligation entre membres d'une même *domus*, mais cette règle n'appartient pas au *jus naturale*, lequel proclame que tous les hommes sont égaux et ignore la *patria potestas*. Vis-à-vis du *jus naturale*, il n'y a donc pas lieu de traiter les rapports entre membres de la *domus* autrement que les rapports entre *sui juris*. En se plaçant à ce point de vue, on pouvait concevoir comme des *obligationes na-*

(24) *Op. cit.*, p. 149 suiv. — V. également en ce sens Beseler, *Tijdschrift*, v. R., t. 10 (1930), p. 174. Ulpien, dit M. Beseler, ne pouvait pas dire « *et puto veram Juliani sententiam* », parce qu'il avait déjà donné son assentiment à la décision de Julien par les mots : « *eadem... erunt* ». Mais nous croyons que les mots « *eadem... erunt* » sont interpolés (v. Gradenwitz, *op. cit.* p. 29).

turales toutes les obligations que le droit positif aurait sanctionnées si elles étaient nées entre *sui juris*. La règle énoncée par Pomponius sert de critère en même temps pour la détermination des articles de déduction et d'imputation et pour celle des dettes et créances naturelles entre membres de la *domus* ⁽²⁵⁾.

Mais Ulpien, au fr. 11, § 2, semble ne pas se placer à ce point de vue, puisqu'il recherche si l'obligation reconnue par Julien trouve son fondement dans la *naturalis æquitas*. Ce sont, en réalité, les compilateurs qui se sont placés à ce point de vue, non Ulpien. Sans doute, le droit naturel, même pour les classiques, est un *jus semper æquum ac bonum*. Mais, les classiques, qui donnaient à l'*obligatio tantum naturalis* un domaine moins vaste que les Byzantins, ne recherchaient pas si telle ou telle obligation sanctionnée par le droit positif correspondait à la *naturalis æquitas*. Remarquons d'ailleurs que toute dette contractuelle susceptible d'engendrer une action directe pouvait donner lieu à une action *de peculio* ⁽²⁶⁾. Or, Julien nous apprend que dans tous les cas où cette action pouvait être intentée contre le maître, l'esclave était obligé *naturaliter* ⁽²⁷⁾. On ne recherchait donc point pour déclarer l'esclave débiteur des tiers si l'obligation était en l'espèce conforme à la *naturalis æquitas*. L'existence de créances ou dettes naturelles et d'articles de

(25) Cf. fr. 38, §§ 1 et 2, D. 12-6 et sur ce texte Vazny, *op. cit.*, p. 146 suiv.

(26) A l'exception cependant des dettes de l'esclave nées de cautionnement sans utilité pour le pécule : fr. 3, §§ 5, 6, 9 D. 15-1.

(27) Fr. 16, § 4, D. 46-1 (Julianus *lib. 53 digestorum*) : < *Adeo quidem ut pro servis quoque obligentur, quorum* > *naturales obligationes non eo solo æstimantur*, si actio aliqua eorum nomine competit, *verum etiam...* » — V. également fr. 10 D. 44-7 (Paulus, *lib. 47 ad Sabinum*)..

déduction ou d'imputation devaient être les uns et les autres appréciés *ex causa civili*. Toutes les obligations qui auraient été sanctionnées par le droit positif et celles-là seules étaient entre membres de la *domus* des *obligationes naturales* et pouvaient donner lieu à déduction ou à imputation.

Nous savons cependant que le *paterfamilias* victime d'un délit de la part de ses *subjecti* ne pouvait pas déduire le montant de la *pœna*, et que le *subjectus* n'avait droit à aucune imputation à son pécule lorsque le *paterfamilias* avait causé un dommage au pécule ou soustrait une *res peculiaris*. On peut se demander si le *subjectus* n'était pas débiteur naturel de la *pœna*, le *paterfamilias* débiteur naturel en raison du dommage ou du vol qu'il avait commis, et s'il n'existait pas ainsi des créances ou dettes naturelles qui ne pouvaient jamais donner lieu à imputation ou à déduction. Mais, dans tous les cas où la déduction et l'imputation ne sont pas possibles, il n'y a pas d'objet même pour une obligation simplement naturelle. Comme le remarque exactement M. Vazny ⁽²⁸⁾, dans les délits contre le *dominus*, le rapport obligatoire pénal est impossible et cela empêche la naissance d'une obligation naturelle. D'autre part, il n'est dit dans aucun texte que le *paterfamilias* devient débiteur naturel à la suite de l'*ademptio peculii*.

La naissance d'obligations naturelles entre membres de la *domus* et l'existence d'articles de déductions ou d'imputation dans la *computatio peculii* étant appréciées *ex causa civili*, Ulpien pouvait justifier au

(28) *Op. cit.*, p. 150.

fr. 11, § 2, la décision de Julien par les mots : « *naturalia enim debita spectamus in peculii deductione* ». Les Byzantins ont déformé cette explication et l'ont adaptée au droit de leur temps en ajoutant les mots : « *est autem etc.* ».

Toutes les créances et dettes nées entre membres de la *domus*, dont on pouvait tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation du pécule, sont devenues, au cours de l'époque classique, des *nomina* et *debita naturalia*.

L'érection de ces articles de déduction et d'imputation en *obligationes naturales* ne paraît pas avoir entraîné un changement des modes antérieurement suivis pour leur règlement. Cependant, c'est peut-être seulement à dater de Pomponius que l'on admit une compensation légale entre les créances et dettes réciproques du *paterfamilias* et de ses *subjecti*. Auparavant, les articles de déduction et d'imputation se compensaient, mais peut-être au moment seulement de l'estimation du pécule. Pomponius et Ulpien admettent une compensation légale entre les créances et dettes réciproques du *paterfamilias* et de ses *subjecti*, c'est-à-dire une compensation s'effectuant de plein droit, nécessairement, dès l'instant de la coexistence des créances et dettes réciproques ⁽²⁹⁾. Un exemple très significatif nous en est fourni par les jurisconsultes ⁽³⁰⁾. Un esclave, créancier de son maître en raison d'une version *in rem*, est devenu débiteur de celui-ci, puis il a acquis contre son maître une nou-

(29) Pomponius et Ulpien : fr. 10, §§ 7, 8, 9, D. 15-3 ; Ulpien : fr. 9, § 8, D. 15-1 ; 6, § 4, D. 33-8.

velle créance. Les jurisconsultes nous disent que le tiers qui a concouru à la version n'aura pas l'action de *in rem verso*, malgré la naissance d'une nouvelle créance de l'esclave contre son maître. La créance naturelle pour version s'est compensée de plein droit avec la dette naturelle de l'esclave. Celui-ci a cessé immédiatement d'être créancier et débiteur naturel de son maître.

Mais cette compensation légale, exorbitante du droit commun, n'est peut-être pas une conséquence de la reconnaissance comme obligations naturelles des créances et dettes nées entre membres de la *domus*. Quoi qu'il en soit, cette compensation légale mise à part, après la formation de la notion d'*obligatio naturalis*, l'*imputatio in peculium* et la *deductio de peculio* s'effectuèrent comme auparavant. Les jurisconsultes conservent même, en les adaptant, des règles que l'on se serait attendu à voir disparaître.

Dès l'époque de Servius les dettes entre *subjecti* étaient considérées comme des dettes envers le maître ⁽³¹⁾. Eh bien, Julien décide que la créance naturelle née de rapports entre *subjecti* investit non celle des personnes qui, dans ces rapports, fait figure de créancier mais le *paterfamilias* ⁽³²⁾. Solution qui s'explique par ce fait que l'*obligatio naturalis* étant une valeur patrimoniale est soumise au *jus adquirendi* du *paterfamilias*.

De même, lorsque les créances de l'*alieni juris* con-

(30) Fr. 10, § 9, D. 15-3 (Ulpianus, *lib. 29 ad edictum*).

La compensation a lieu même si la dette du maître peut être payée avec le reste du pécule. V. fr. 10, § 8, h. t. Pomponius semble hésiter encore sur cette compensation légale.

(31) Fr. 9, § 3, D. 15-1.

(32) Fr. 38 pr. D. 12-6.

tre son *paterfamilias* n'étaient que des éléments de compte dans l'évaluation du pécule, il allait de soi que le maître pouvait par simple acte de sa volonté cesser d'être débiteur. Lorsque ces créances furent considérées comme des *nomina naturalia*, il ne fut pas au pouvoir du *paterfamilias* de briser à sa guise le lien qui existait entre lui et le *subjectus jure naturali*, mais il eut encore la faculté d'empêcher la créance naturelle de grossir le pécule du *subjectus* (33).

Mais la notion d'*obligatio naturalis* ne fut pas sans avoir d'heureux effets en matière de *deductio*. Elle avait permis à Julien de consacrer vis-à-vis des tiers l'unité de *peculia* du *servus plurium*. Elle permit également à ce jurisconsulte de consacrer à l'égard des maîtres sucessifs d'un même esclave l'unité des pécules détenus par celui-ci auprès de chacun d'eux. A une époque où les dettes envers le maître valaient simplement comme éléments de compte dans l'estimation du pécule, seules pouvaient être déduites les dettes nées postérieurement à la *concessio peculii* et elles ne pouvaient atteindre que le pécule pendant l'existence duquel elles étaient nées. Si un individu créancier d'un esclave achetait celui-ci *sine peculio* et lui concédait un pécule, il ne pouvait pas déduire de ce nouveau pécule le montant de ce que l'esclave lui devait avant la vente : il pouvait seulement agir *de peculio* contre le vendeur *intra annum*. Après la formation de la notion d'*obligatio naturalis* et dans la doctrine que fit prévaloir Julien, ce qui justifia désormais l'exercice de l'action *de peculio* comme la déduction ce fut

(33) Fr. 7, § 6, D. 15-1.

l'existence d'une dette naturelle à la charge de l'esclave. La date de naissance de la dette était sans importance. Julien permet ainsi à l'acquéreur d'un esclave *sine peculio* de déduire ce qui lui était dû avant la vente.

Dans les rapports entre membres de la *domus*, la notion d'obligation naturelle a eu pratiquement des conséquences importantes. Les créances et dettes nées entre membres de la *domus* produisirent dorénavant les effets propres à toute obligation naturelle, indépendamment du pécule. En second lieu, grâce à la notion d'obligation naturelle on a pu soumettre à déduction des dettes antérieures à la *concessio peculii* et réaliser à l'égard des maîtres successifs d'un même esclave l'unité des pécules détenus par celui-ci auprès de chacun de ses maîtres.

Théoriquement, la notion d'obligation naturelle a contribué à mieux dégager la personnalité du *subjectus* dans ses rapports avec les autres membres de la *domus*. Les créances et dettes nées de ces rapports ne sont plus de simples éléments de compte. Elles établissent un lien personnel entre le *subjectus* créancier ou débiteur et les autres membres de la *domus*. Or, par le fait même que ces créances et dettes font partie d'un pécule, nous dépassons le stricte domaine du *jus naturale*. Toute la réglementation du droit « pécuniaire » relative à ces créances et dettes revêt en quelque sorte celles-ci d'une sanction *jure civili*. La créance ou dette naturelle du *subjectus* produit sur le pécule de ce dernier les mêmes effets qu'une créance ou une dette civile sur le patrimoine d'un *sui juris*.

Indirectement, la notion d'obligation naturelle a contribué à séparer davantage le pécule du patrimoine du *paterfamilias* et à mieux le faire apparaître comme le patrimoine de la personne en puissance.

Avant la formation de la notion d'obligation naturelle, les dettes envers le *paterfamilias* valaient comme simples éléments de compte dans l'évaluation du pécule. Lorsque le *paterfamilias* en avait reçu paiement ou s'était payé lui-même en reprenant des *res peculiares*, la dette élément de compte n'existait plus, ne pouvait plus donner lieu à déduction. On comprend aisément que le paiement ait rendu encore la déduction impossible lorsque les dettes envers le *paterfamilias* furent considérées comme des obligations naturelles. Mais le paiement fait avec des deniers du pécule pendant la puissance faisait-il disparaître le lien qui existait *jure naturali* entre le *paterfamilias* et l'*in potestate*? Le *subjectus* pouvait-il se libérer de son obligation naturelle en remettant à son débiteur des objets qui appartenaient déjà à celui-ci, c'est-à-dire des *nummi peculiares*? Les jurisconsultes l'admirent, semble-t-il, sans hésitation. L'extinction de l'obligation naturelle est supposée par Julien au fr. 38 D. 12-6. Sous cet aspect, le pécule apparaît une fois de plus comme la chose de l'*in potestate*.

Conclusion

Nous avons déjà exposé les conclusions qui nous semblaient se dégager de la première partie de cette étude. Il suffit de les rappeler ici très brièvement.

Au début de l'époque classique, le pécule apparaît comme un petit patrimoine d'affectation trouvant uniquement sa cause juridique dans la *voluntas domini patrisve*. Puis, après une période de transition, il devient à dater de Marcellus le *quasi-patrimonium* des esclaves et des fils. Le pécule, entité abstraite, est alors le compagnon nécessaire de l'*in potestate*. Il est l'émanation, l'expression d'une capacité que le *paterfamilias* peut, sans doute, paralyser momentanément et dans une certaine mesure, mais que toute personne en puissance possède de plein droit. Et, l'indivisibilité de cette capacité entraîne l'« unicité » du pécule. Certes, les rapports juridiques existants ou virtuels, qui sont nés ou peuvent naître dans le cadre de la puissance maintenant reconnue aux *alieni juris*, peuvent se grouper en petits patrimoines d'affectation (pécule commercial, pécule des *vicarii*, *peculia separata*). Mais, auprès de la même personne en puissance, il n'y a, successivement ou simultanément, qu'un seul pé-

culé dont ces petits patrimoines d'affectation sont des subdivisions.

Si, depuis Marcellus, le pécule est le *quasi-patrimonium* de l'*in potestate*, il n'est qu'un *quasi-patrimonium*, car les éléments qui en constituent l'actif doivent nécessairement faire partie du patrimoine du *paterfamilias*. Toutefois, cette capacité « pécuniaire », fondement juridique du pécule, n'impliquait-elle pas nécessairement chez la personne en puissance des pouvoirs propres et des droits sur son pécule ? Telle était la question qu'il importait d'examiner dans la deuxième partie de cette étude. Question que pose naturellement, on le voit, les conclusions auxquelles nous avons cru pouvoir aboutir en précisant la nature juridique du pécule.

Au début de l'époque classique, l'*alieni juris* n'a aucun pouvoir propre sur son pécule, et les éléments qui composent tant l'actif que le passif de celui-ci, ont pour sujet le *paterfamilias* et sont comptés dans son patrimoine.

Le pécule ne peut naître que *concedente domino vel patre*. La *voluntas domini patrisve* qui s'exprime par cette concession initiale nécessaire, colore tous les rapports qui vont naître à l'occasion du pécule.

C'est de cette concession initiale que l'*alieni juris* tient tous les pouvoirs qu'il possède sur son pécule indépendamment d'une nouvelle autorisation. Ces pouvoirs, primitivement, sont larges. Avant Proculus, l'*alieni juris* peut librement administrer son pécule, sans qu'il soit nécessaire que le *paterfamilias* lui concède spécialement l'*administratio peculii*. La *concessio*

administrationis est implicitement comprise dans la *concessio peculii*. Mais ces larges pouvoirs d'administration n'appartiennent pas en propre à l'*in potestate*: celui-ci les a reçus de son *paterfamilias* en même temps que son pécule.

L'*alieni juris* n'ayant que des pouvoirs dérivés n'a aucun droit sur les *res peculiares*. Sans doute, les tiers qui ont contracté avec lui peuvent réclamer au *paterfamilias* le paiement de leur créance sur ces *res*. Sans doute encore, le *paterfamilias* ne peut pas supprimer ou diminuer le gage de ces créanciers par un retrait total ou partiel du pécule.

Mais, au début de l'époque classique, non seulement le *paterfamilias* s'est exposé volontairement à l'action *de peculio* en concédant un pécule, il est, en outre, censé s'être personnellement engagé par un *jussus* indirect à reconnaître les contrats de la personne en puissance dans la mesure du pécule et dans celle de son enrichissement. La *concessio peculii* vaut *jussus* et l'action *de peculio* sanctionne une dette personnelle du *paterfamilias* frappant celui-ci par représentation. De même que les droits éléments actifs du pécule, les dettes envers les tiers éléments passifs, faisaient partie du patrimoine du *paterfamilias*. Il en résultait notamment que ce passif ne pouvait se transmettre qu'à un successeur *in locum et in jus* du *paterfamilias*, non à un acquéreur à titre particulier du pécule.

Enfin, si, dès cette époque, des échanges de valeurs sont possibles entre le pécule et le reste du patrimoine du *paterfamilias*, si l'on tient compte dans l'estimation du pécule des créances et dettes nées entre mem-

bres de la *domus*, ce n'est là que la conséquence de la séparation du pécule des *rationes dominicæ*.

La personnalité juridique du *paterfamilias* domine tous les rapports qui naissent à l'occasion du pécule. Il ne peut être question de pouvoirs propres ni de droits de l'*in potestate*. Après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule, il en est autrement. Mais, dès avant cette époque, la personnalité de l'*alieni juris* tend à se dégager en matière de pécule. De plus en plus, les *res peculiares* sont considérées comme les biens de la personne en puissance. De là quelques règles caractéristiques ; telle la règle de Julien aux termes de laquelle la validité des legs adressés aux personnes en puissance doit être appréciée en considération de ces dernières, sauf en ce qui concerne la *testamenti factio* passive ; telle également la prépondérance donnée à l'intention et à la foi de l'*in potestate* en matière d'usucapion *nomine peculii*. Mais ce qui a le plus contribué pendant cette période intermédiaire à dégager la personnalité de l'*alieni juris*, c'est la formation de la notion d'*obligatio naturalis servi filiive*, notion qui apparaît avec Javolenus et que l'on trouve nettement formulée et précisée chez Julien. Les dettes contractées envers les tiers par l'*in potestate* frappent toujours celui-ci, au moins naturellement. On ne fait plus alors reposer sur un *jussus* l'obligation adjectice du *paterfamilias* en matière d'action *de peculio*. Le *paterfamilias* est tenu seulement de *defendere servum filiumve peculio tenus*. L'élément passif du pécule n'est plus une dette personnelle du *paterfamilias*, mais la dette civile ou

naturelle qui frappe la personne en puissance elle-même. Le passif du pécule n'est plus passif du patrimoine du *paterfamilias*.

Grâce à la notion d'*obligatio naturalis* également, les créances et dettes entre membres de la *domus* sont plus que de simples éléments de compte dans l'évaluation du pécule. Ce sont des *obligationes naturales* qui impliquent l'existence d'un lien personnel entre le *paterfamilias* et l'*in potestate*. Ces *naturales obligationes* trouvent une sanction prétorienne en matière de pécule. Chose plus digne encore de remarque, elles peuvent être acquittées par un paiement *ex peculio* ou *in peculium*, comme si les deniers du pécule n'étaient point ceux du maître.

Cependant, c'est seulement après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule, que l'*alieni juris* possède vraiment une capacité juridique se traduisant par des pouvoirs propres et des droits sur son pécule. C'était jusqu'alors le *paterfamilias* qui donnait à la personne en puissance les pouvoirs qu'elle possédait sur ses *res peculiares* et mettait en jeu tout le droit du pécule.

Après Marcellus, au contraire, le pécule, censé exister nécessairement auprès de toute personne en puissance, peut apparaître concrètement même à l'insu du *paterfamilias*. Ce n'est plus ce dernier par conséquent qui donne à l'*alieni juris* les pouvoirs qu'il possède à défaut d'autorisation sur les *res peculiares*; et il ne peut être censé avoir accepté les conséquences de la constitution du pécule (obligation de défendre à l'action *de peculio*, interdiction de faire une ademption

au détriment des créanciers du pécule). Le *paterfamilias* ne divise plus lui-même son patrimoine pour en affecter une partie au service de la personne en puissance. Ce sont plutôt les biens de cette dernière qui, en raison de sa qualité d'*alieni juris*, sont incorporés dans le patrimoine du *paterfamilias*, où ils forment un groupe spécial soumis à un régime particulier. On admet même que l'*in potestate* a l'*animus* possessoire relativement aux biens qu'il détient *nomine peculii*.

Mais le *paterfamilias* demeure encore propriétaire, possesseur des *res peculiares corporales*, créancier des débiteurs du pécule; aussi ne reconnaît-on à l'*alieni juris* que des pouvoirs ne portant pas une atteinte directe aux droits du *paterfamilias*.

L'*alieni juris* peut librement, et même contre le gré du *paterfamilias*, contracter des dettes engageant son pécule. Mais, sans autorisation, il ne peut accomplir aucun acte, même à titre onéreux, comportant aliénation ou abandon d'un droit individuellement considéré de son pécule. Il peut seulement déposer ses *res peculiares*, les louer, les donner en précaire ou en commodat. Encore le *paterfamilias* a-t-il la faculté d'interdire ces actes, de même qu'il peut reprendre les *res peculiares*.

L'*alieni juris* ne peut accomplir valablement des actes de disposition dans la gestion de son pécule que s'il a reçu mandat d'administrer celui-ci : c'est-à-dire, si le *paterfamilias* lui a concédé l'*administratio peculii*. Cette exigence d'une *concessio administrationis* avait été formulée déjà par Proculus, lequel, à la dif-

férence de ses contemporains, ne faisait pas dépendre l'existence du pécule d'une *concessio peculii*. Si, après Proculus, la nécessité d'une *concessio administratio-nis* ne fut pas complètement écartée, pendant longtemps, les jurisconsultes n'exigèrent cette concession que pour la validité des actes qu'ils jugeaient, selon leurs vues personnelles, les plus dangereux pour le *paterfamilias* ou les moins utiles. Aux temps de Papinien, de Paul et d'Ulpien, il n'y a plus aucune incertitude en cette matière. Le pécule n'étant plus concédé par le *paterfamilias*, mais ce dernier demeurant propriétaire des biens qui en composent l'actif, on ne laisse au *subjectus, sine administratione*, que des pouvoirs qui ne sont pas directement contraires aux droits du *paterfamilias* sur chaque objet du pécule individuellement considéré.

Au terme de cette évolution, l'*alieni juris* apparaît comme quasi-propriétaire, quasi-possesseur des *res peculiares corporales*, comme quasi-créancier des débiteurs du pécule ; tandis que son *paterfamilias* ne cesse pas d'être propriétaire, possesseur ou créancier.

Ces solutions ingénieuses de la jurisprudence classique ne contredisaient pas, théoriquement du moins, les principes du *jus civile* qu'elles avaient pour but d'assouplir.

Le droit reconnu à l'*in potestate* n'a pas la force du droit qui appartiendrait à un *sui juris* ; il n'existe qu'à l'intérieur du droit plus complet qui appartient au *paterfamilias*. Ainsi, le principe de l'incapacité patrimoniale des personnes en puissance est respecté. C'est

une capacité « pécuniaire », que la jurisprudence leur reconnaît, non une capacité patrimoniale. En second lieu, le *paterfamilias* ne cesse pas d'être investi des droits acquis par l'*alieni juris*, même pour le compte du pécule, conformément au principe de l'acquisition nécessaire au *paterfamilias*.

Vu :

Lyon, le 23 Mai 1932.

Le Président de la Thèse,

FALLETTI.

Vu :

Lyon, le 23 Mai 1932.

le Doyen,

L. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer

LYON, le 24 Mai 1932.

LE RECTEUR, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,

A. LIRONDELLE

Bibliographie

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY (C.) et RAU (C.). — Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zacchariae. 4^e édition, t. 2, Paris 1869; t. 6, Paris 1873.
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (H.). — Cours élémentaire de droit civil français. 4^e édition, t. 1, Paris 1923.
- JOSSERAND (Louis). — Cours de droit positif français, t. 1. Théorie générale du droit et des droits. Personnes. Famille. Propriété et autres droits réels. Sirey, 1930.
- PLANIOL (Marcel). — Traité élémentaire de droit civil. 9^e édition, t. 1, Paris 1922.
- PLANIOL (Marcel), RIPERT (Georges). — Traité pratique de droit civil français. T. 3, Les biens, avec le concours de M. Maurice Picard.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX

- CAZELLES (Pierre). — De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles. Thèse, Paris 1905.
- GAZIN (Henri). — Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique. Thèse, Dijon, 1910.
- GÉNY (François). — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, 1899.
- JALLU (Olivier). — Essai critique sur l'idée de continuation de la personne. Thèse Paris, 1902.
- PLASTARA (Georges). — La notion juridique du patrimoine. Thèse Paris, 1903.

DROIT ROMAIN
et autres droits de l'Antiquité.

I. — SOURCES

- Corpus Inscriptionum Latinarum.
GALISSET (C. M.). — Corpus Juris Civilis. Undecima editio. Lutetiae Parisiorum, 1881.
GIRARD (Paul, Frédéric). — Textes de droit romain. 5^e édition. Paris, Rousseau, 1923.
HEIMBACH (G. E.). — Basilicorum libri LX, post Annibalis Fabrotis curas ope codd. mss. a G. E. Heimbach aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit... translationem latinam et adnotationem criticam adicit D. C. G. E. Heimbachii. Lipsiæ 1833, Barth 1870, 6 vol.
KRUEGER (P.), MOMMSEN (T.). — Corpus juris civilis. Editio stereotypa, t. 1, Institutiones (P. Krueger). Digesta (T. Mommsen, P. Krueger). Ed. 15 a, t. 2 Codex justinianus (P. Krueger). Ed. 10 a.
KRUEGER (P.). — Codex Theodosianus, Berlin, 1923.
LENEL (O.). — Palingenesia, t. 1 et 2.
LEVET (Albert), PERROT (Ernest), FLINIAUX (André). — Textes et documents de droit romain. Paris, 1931.
ZACCHARIAE A LINGENTHAL (Carolus, Eduardus). — Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianæ. Lipsiæ, 1846.

II. — DICTIONNAIRES

- DAREMBERG et SAGLIO. — Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines.
LEVY (E.), RABEL (E.). — Index Interpolationum quæ in Justiniani Digestis inesse dicuntur. Weimar, 1929, t. 1, ad libros Digestorum, I-XX pertinens; Supplementum; t. 2. 1931.
Vocabularium jurisprudentiæ romanæ jussu Instituti Savignani composuerunt Otto Gradenwitz, Bernardus Kuebler, Ernestus Theodorus Schulz.

III. — REVUES (1)

- Annali del seminario giuridico della R. Università di Palermo. *Annali Palermo*.
Annali della Facoltà di giurisprudenza (Università degli studi in Perugia). *Annali Perugia*.

(1) Nous indiquons en italique, à côté du titre de différentes revues, le mode de citation employé dans le cours de cet ouvrage.

Archiv für die civilistische Praxis. *Archiv f. civ. Praxis.*

Archivio giuridico.

Atti della reale accademia delle scienze di Torino. *Atti Torino.*

Bullettino dell' istituto di diritto romano. *Bull.*

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts herausgeben von Ernst Immanuel Bekker. *Bekkers Jahrbuch.*

(Jherings) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. — Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. *Jher. Jahrb.*

Le musée belge.

Mnemosyne. Tijdschrift voor classieke Litteratur. *Mnemosyne.*

(Nouvelle) Revue historique de droit français et étranger. *R. H. de droit.*

Reale istituto lombardo di scienze e lettere. Rendiconti. *Rendiconti lombardo.*

Revue internationale de l'enseignement.

Rivista di diritto civile.

Rivista di diritto commerciale e marittimo.

Rivista italiana per le scienze giuridiche. *Riv. ital. sc. giur.*

Studi Senesi nel circolo giuridico della reale università. *Studi senesi.*

The Oxyrhynchus Papyri.

Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. *Tijdschrift.*

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische abteilung. *Z. S. S. f. R.*

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. *Z. f. H.*

IV. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

ACCARIAS. — Précis de droit romain. 3^e édition, t. 1 et 2, Paris, 1882.

ARANGIO-RUIZ (Vincenzo). — Corso di Istituzioni di diritto romano, t. 1 (diritti reali e di Obbligazione). Naples, 1921, t. 2 (parte generale, diritti di famiglia e di successione). Naples, 1923.

BETTI (Emilio). — Corso di Istituzioni di diritto romano, t. 1 (parte generale).

BONFANTE (Pietro). — Istituzioni, 8^e édition.

— Corso di diritto romano, t. 1, diritto di famiglia, 1925; t. 2 (1), la proprietà, 1926; t. 6, le successioni parte generale, 1930.

— Histoire du droit romain, traduite par MM. Jean Carrière et François Fournier sur la 3^e édition revue et augmentée par l'auteur. T. 1, Paris, 1928.

- BRINZ (Alois). — Lehrbuch der Pandekten, 2^e édition. Erlangen. t. 1, 1873; t. 2, 1879; t. 3, 1886; t. 4 (Brinz et Lotmar), 1892.
- COLLINET (P.) et GIFFARD (A.). — Précis de droit romain. 2^e édition, t. 1, 1928; t. 2, 1929.
- CORNIL G.). — Droit romain. Bruxelles, 1921.
- COSTA (Emilio). — Storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni giustiniane. Seconda edizione rinnovata ed accresciuta. Torino, 1925.
- CUQ (Edouard). — Les Institutions juridiques des Romains. T. 1 et 2. Paris, 1891-1902.
- Manuel des Institutions juridiques des Romains. 2^e édition, 1928.
- CUJAS. — Opera omnia. Neapoli, 1758.
- DECLAREUIL (J.). — Rome et l'organisation du droit. L'évolution de l'humanité, t. 19.
- FABER (Ant.). — Rationalia in Pandectas.
- FERRINI (Contardo). — Manuale di Pandette. Milan, 1900.
- DE FRANCISCI (Pietro). — Storia del diritto romano. Vol. 1, Rome, 1926.
- GIRARD (Paul, Frédéric). — Manuel élémentaire de droit romain. 7^e édition, Paris, 1924.
- HUVELIN (Paul). — Cours élémentaire de droit romain publié et mis au courant par les soins de Raymond Monier. T. 1, Paris, 1927; t. 2, Paris, 1929.
- DE JHERING (Rudolph). — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. 4 vol., 1877-1878.
- JORS. — Römisches Recht : Geschichte und System des römischen Privatrechts. Berlin, 1927.
- KARLOWA (Otto). — Römische Rechtsgeschichte. T. 2, Leipzig, 1901.
- KUNTZE. — Cursus des römischen Rechts.
- MAYNZ (Charles). — Cours de droit romain. T. 1, 2 et 3. Bruxelles, 1876-1877.
- MITTEIS (L.). — Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians.
- PERNICE (A.). — Marcus Antistius Labeo. Das römischen Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. T. 1, 2 et 3. Halle, 1873-1892.
- PEROZZI (Silvio). — Istituzioni di diritto romano. 1^{re} éd., t. 1, 1906; t. 2, 1908; 2^e éd., t. 1 et 2. Roma, 1928.
- SAVIGNY (F. C. DE). — Traité de droit romain. Traduction Genoux, 3 vol., 1855-1860.
- SOHM (Rudolph). — Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. München. Leipzig, 1924.

VAN WETTER. — Cours élémentaire de droit romain. T. 1, Gand. Paris, 1875; t. 2, Gand. Paris, 1876.

WINDSCHIED. — Diritto delle Pandette. Prima traduzione italiana (C. Fadda et E. Bensa). T. 1, parties 1 et 2.

V. — OUVRAGES SPÉCIAUX

AFFOLTER (F.). — Nemo ipse in suo peculio intellegi potest (Z. S. S. f. R., t. 23 (R. A.), 1902, p. 61 et suiv.).

ALBERTARIO (Emilio). — M. Fehr, Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht (Riv. ital. sc. giur., t. 49, 1911, Recensioni, p. 61).

— Contributo allo studio della procedura civile giustiniana. I : Actiones e Interdicta (Riv. ital. sc. giur., t. 52, 1912, p. 13).

— Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell' actio tributaria e nell' actio de peculio (Rendiconti Lombardo, t. 46, 1913, p. 340).

— La terminologia del possesso nella compilazione giustiniana e nelle fonti byzantine (Bull., t. 27, 1914, p. 275).

— Un interessante testo di Giavoleno (D. 41, 2, 24 ex l. 14 Epist.) (Annali Perugia, t. 30, série 3, t. 13, 1915-1918, p. 33).

— Actio de universitate e actio specialis in rem (Annali Perugia, t. 31, 1919, p. 29).

— Due osservazioni sul fragmentum de formula fabiana (Annali Perugia, t. 32, 1920, p. 215).

— Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell' art. 1097 del codice civile (Rivista dir. com., t. 21 (1), 1923, p. 493).

— Sul concetto di jus naturale (Rendiconti Lombardo, t. 57, 1924, p. 168).

— Subtilitas legum e moderamen naturalis juris nel diritto dotale romano giustiniano (Rendiconti Lombardo, t. 58, 1925, p. 808).

— Ancora sulle fonti dell' obbligazione romana (Rendiconti Lombardo, t. 59, 1926, p. 409).

— La cosiddetta « honoraria obligatio » (Rendiconti Lombardo, t. 59, 1926, p. 549).

— La cosiddetta obligatio ex causa fideicommissi (Rendiconti Lombardo, t. 60, 1927, p. 103).

— Sulla libera administratio peculii (Rendiconti Lombardo, t. 61, 1928, p. 833).

— Les problèmes de la possession relatifs au servus fugitivus (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t. 10, 1930, p. 465).

- Appunti sul peculio castrense (Bull., t. 39, 1931, p. 5).
- APPLETON (Charles). — De la possession et des actions possessoires. Paris, 1871.
- Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables. Paris, 1903.
- Les négations intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes florentines à propos d'un livre récent. Paris, 1916. (R. H. de droit, t. 39).
- Les interpolations dans Gaius. La vraie date de ses Institutes. Critiques qu'elles ont soulevées. (R. H. de droit, 1929, p. 197).
- Le vrai et le faux sénatus-consulte Juventien (R. H. de droit, 1930, p. 1 et 621).
- ARANGIO-RUIZ (Vicenzo). — Le genti e la città. Messina, 1914.
- ARNO (Carlo). — La dottrina dell' « hereditas jacens » nella scuola serviana Arch. Giuridico, 1924, 4^e série, t. 8, fasc. 1, p. 92).
- AUDIBERT (A.). — Compte rendu sur l'ouvrage de Andreas von Tuhr. Actio de in rem verso (R. H. de droit, t. 22, p. 271).
- BEAUCHET (Ludovic). — Histoire du droit privé de la République athénienne. Paris, 1897, 4 vol.
- BEKKER. — Zur Lehre von Rechtssubjekt (Jher. Jahrb. f. die Dogmatik, t. 12, p. 1).
- Zweckvermögen, insbesondere Peculium (Z. f. Handelsrecht, t. 4, 1861, p. 499).
- Die Aktionen des Privatrechts, t. 2. Berlin, 1873.
- BESELER (Gerhard). — Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Tübingen, t. 1, 1910; t. 2, 1911; t. 3, 1913; t. 4, 1920.
- Miscellanea critica (Z. S. S. f. R., t. 43, 1922, p. 415).
- Miscellen-Einzelne Stellen (Z. S. S. f. R., t. 43, 1922, p. 535).
- Miscellanea (Z. S. S. f. R., t. 44, 1924, p. 359).
- Miscellanea (Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 188).
- Miscellen (Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 397).
- Romanistische Studien (Z. S. S. f. R., t. 46, 1926, p. 83).
- Einzelne Stellen (Miscellen) (Z. S. S. f. R., t. 46, 1926, p. 267).
- Romanistische Studien (Z. S. S. f. R., t. 47, 1927, p. 53).
- Miscellen (Z. S. S. f. R., t. 47, 1927, p. 355).
- Romanistische Studien (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t. 8, 1928, p. 279).
- Juristische Miniaturen. Leipzig, 1929.
- Romanistische Studien (Z. S. S. f. R., t. 50, 1930, p. 18).
- Et ideo — Declarare — Hic (Z. S. S. f. R., t. 51, 1931, p. 54).

- BETTI (Emilio). — Responsabilità nossale o peculiare e responsabilità del pater (dominus) ne' limiti dell' arricchimento in diritto romano classico (Atti Torino, t. 51, 1915-1916, p. 1363).
- BIONDO-BIONDI. — La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane (Annali Perugia, 1913, p. 337).
- Le actiones noxales nel diritto romano classico (Annali Palermo, t. 10, 1925).
- BIRKMEYER (Karl). — Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. Erlangen, 1879.
- BONFANTE (Pietro). — Origine dell' hereditas e dei legati (Bull., t. 3, 1891, p. 97).
- L'eredità e il suo rapporto coi legati nel diritto romano e nel diritto moderno (Bull., t. 7, 1894, p. 151).
- La successio in universum jus e l'universitas (Studi Scialoja, t. 1, 1905, p. 531).
- La formazione scolastica della dottrina dell' Universitas (Rendiconti Lombardo, t. 39, 1906, p. 277).
- Teorie vecchie e nuove sull' origine dell' eredità (Bull., t. 27, 1914, p. 97).
- Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive (Rivista ital. sc. giur., t. 55, 1915, p. 259).
- Scritti giuridici varii, t. 1, 1916.
- Sulla transmissibilità ereditaria delle obbligazioni nell' antico diritto romano (Arch. giurid., 1928 (4° série), fasc. 2, p. 129).
- BOSROWSKI (F.). — Ancora sulla negotiorum gestio (Bull., t. 37, 1929, p. 129).
- De conditione ex causa furtiva (Annali Palermo, t. 13, 1929, p. 343).
- BOULARD (Louis). — L. Salvius Julianus; son œuvre; ses doctrines sur la personnalité juridique. Thèse, Paris, 1902.
- BOYER (Georges). — Compte rendu sur l'ouvrage de Auguste Bill : La morale et la loi dans la philosophie antique. Paris, 1928 (R. H. de droit, 1930, p. 526).
- BUCKLAND (W. W.). — The Roman Law of Slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian, Cambridge, 1908.
- Observations sur deux études concernant le droit de l'esclavage. I : Transfert de la propriété par un esclave (R. H. de droit, t. 32, 1908, p. 226).
- CASTELLI (Guglielmo). — Scritti giuridici a cura di Emilio Albertario. — Intorno a una fonte greca del fr. 1, § 3 D. 1, 1, p. 199.
- CHARVET (Louis). — Evolution de la restitution des majeurs en droit privé romain. Thèse, Grenoble, 1920.

- COLLINET (Paul). — Contributions à l'histoire du droit romain.
V : Un nouveau critère d'interpolation : la désignation
des actions sans *Actio* ou *Judicium* (R. H. de droit, t.
34, 1910, p. 157).
- Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius (P.
Oxy. 2103) (R. H. de droit, 1928, p. 92).
- CORNIL (G.). — Contribution à l'étude de la *patria potestas*
(R. H. de droit, t. 21, p. 416).
- Traité de la possession en droit romain. Paris, 1905.
- *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation
de la notion de l'obligation romaine. Mélanges P. F.
Girard, Paris, 1912, p. 199.
- COSTA. — Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto.
— Cicerone giureconsulto — nuova edizione riveduta e
ampliata dall'autore e in parte postuma. Bologna, 1927,
t. 1 et 2.
- CUQ (Edouard). — Recherches historiques sur le testament per
aes et libram (R. H. de droit, t. 10, 1886, p. 533).
- DEBRAY (Louis). — Compte rendu sur l'ouvrage de P. Huvelin:
*Etudes sur le « furtum » dans le très ancien droit ro-
main*. — 1. Les sources. Lyon, 1915 (R. H. de droit, t.
45, 1921, p. 294).
- DESJARDIN (Albert). — Traité du vol dans les principales lé-
gislations de l'antiquité et spécialement dans le droit
romain. Paris, 1881.
- DESSERTAUX (Fernand). — Etude sur les effets de l'adrogation.
Dijon-Paris, 1892.
- Etudes sur la formation historique de la *capitis deminutio*. T. 1, Paris, 1909; t. 2, Evolution et effets de la
capitis deminutio, fascicule 1, Paris, 1919, fascicule 2
(Les *Capitis deminutiones majores* du droit classique),
Paris, 1926; t. 3, La *capitis deminutio* dans le droit
byzantin, Paris, 1928.
- Contribution à l'étude de l'édit. Formation de la théorie
prétorienne relative aux dettes contractuelles en cas
de *capitis deminutio minima* (R. H. de droit, t. 36, 1912,
p. 423).
- La *Capitis deminutio* dans le droit byzantin (Tijds-
chrift, 1928, p. 129).
- De l'acquisition de l'hérédité par l'intermédiaire du
fils ou de l'esclave d'autrui (R. H. de droit, 1931, p.
601; 1932, p. 35).
- DIETZEL. — Das peculium im römischen und heutigen Recht
(Bekkers Jahrbuch, t. 2, p. 1).
- Ueber die processualische Consumption bei den ac-
tiones adjecticiae qualitatis (Bekkers Jahrbuch, t. 2,
p. 414).
- Das heutige Peculium (Bekkers Jahrbuch, t. 3, p. 58).

- DONATUTI (Guido). — Justus, Juste, Justitia — nel linguaggio dei giuristi classici (Annali Perugia, t. 33, 1921, p. 377).
- Studi sul procurator. II. Verus et falsus procurator (Annali Perugia, t. 33, 1921, p. 673).
- Dal regime dei verba al regime della voluntas (Bull., t. 34, 1925, p. 185).
- DUQUESNE (J.). — La translatio iudicii dans la procédure civile romaine (Annales de l'Université de Grenoble, t. 22 1910, p. 209; 603).
- Compte rendu sur l'ouvrage de Antonio Marchi : Storia e concetto della obbligazione romana. I. Storia dell' obbligazione romana. Roma, 1912 (R. H. de droit, 1913, p. 125).
- EIN (Ernst). — Le azioni dei Condomini (Bull., t. 39, 1931, p. 73).
- EISELE. — Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen (Z. S. S. f. R., t. 11, 1890, p. 1).
- Zum römischem Sklavenrecht (l. 25, § 1 de usuf., 7, 1) (Z. S. S. f. R., t. 26, 1906, p. 66).
- ERMAN (H.). — Servus vicarius. L'esclave de l'esclave romain (Recueil de la Faculté de droit de Lausanne, 1896, p. 391).
- Conceptio formularum, actio in factum und ipso jure Consumption (Z. S. S. f. R., t. 19, 1898, p. 261).
- Noch einmal die wiederholte Austellung der actio de peculio (Z. S. S. f. R., t. 20, 1899, p. 243).
- D. (44-2) 21, § 4. Etudes de droit classique et byzantin (Mélanges Ch. Appleton, Lyon-Paris, 1903, p. 201).
- Recht und Prätor (Z. S. S. f. R., t. 25, 1904, p. 316).
- Entstament B. G. B., § 226. Tribonian oder Celsus ? (Z. S. S. f. R., t. 25, 1904, p. 352).
- ESMEIN (A.). — Courtes Etudes. I. L'intransmissibilité première des créances et des dettes (R. H. de droit, t. 11, 1887, p. 48).
- FADDA (Carlo). — Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. 2 vol., 1900-1902.
- FERRERO (Guglielmo), BARBAGALLO (Corrado). — Roma Antica. T. 1 : La preparazione e il trionfo. Firenze, 1921.
- FERRINI (Contardo). — Die processualische consumption der actio de peculio (Z. S. S. f. R., t. 21, 1900, p. 190).
- La consunzione processuale dell' actio de peculio (Archivio giuridico, t. 64, 1900, p. 78).
- Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano (Bull., t. 13, 1900, p. 101).
- FLACH. — De la subrogation réelle (R. H. de droit, t. 14, 1868, p. 448; 551).

- DE FRANCISCI. — Sull acquisto del possesso per mezzo dello schiavo (Rendiconti Lombardo, t. 40, 1907,, p. 1002).
- Esquisses de droit romain. Varsovie, 1926-1927.
- FRANCKE. — Ueber die Rechtswohltat der Competenz, nebst Bemerkungen über die s. g. processualische Consumption der Klagen (Archiv für civ. Praxis, t. 23, 1840, p. 387).
- FRESE (B.). — Viva vox juris civilis (Z. S. S. f. R., t. 43, 1922, p. 466).
- FUSTEL DE COULANGE. — La 'cité antique.
- GARRAUD (Marcel). — L'in jure cessio hereditatis (R. H. de droit, 1922, p. 141).
- GIORGI (Tito). — Gli indoeuropei : ordinamenti sociali e istituzioni giuridiche (Riv. ital. sc. giur., t. 55, 1915, p. 3).
- GONNARD. — Les corporations d'artisans sous la République romaine.
- GÖPPERT. — Ueber Einheitliche zusammengesetzte und Gesamtsachen.
- GRADENWITZ (Otto). — « Per traditionem accipere » in den Pandekten (Z. S. S. f. R., t. 6, 1885, p. 56).
- Natur und Sklave bei der naturalis obligatio. Königsberg, 1900.
- Zwei Bemerkungen zur actio de peculio (Z. S. S. f. R., t. 27, 1906, p. 228).
- GRUPE (E.). — Zur Sprache der gaianischen Digestenfragmente (Z. S. S. f. R., t. 17, 1896, p. 311).
- GUARNERI-CITATI (Andrea). — Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano (Annali Palermo, t. 9, 1921, p. 5).
- Ancora sugli effetti della litis contestatio nel procedimento formulare (Bull., t. 34, 1925, p. 163).
- HASSE. — Ueber Universitas juris und rerum und ueber Universal = und Singular = Succession (Archiv. für civ. Praxis, t. 5, 1822, p. 1).
- HATZFELD (Jean). — Les trafiquants italiens dans l'Orient hellénique. Thèse lettres, Paris, 1919.
- HAYMANN (Franz). — Zuwendung aus fremdem Vermögen (Jher. Jahrb., 2^e Folge, t. 41, 1927, p. 188).
- HUNT (Arthur S.). — 2103, Gaius, Institutiones IV (The Oxyrhynchus Papyri, Part XVII, 1927, p. 173).
- HUVELIN (Paul). — Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain. I. Les sources, Lyon-Paris, 1915.
- Etudes d'histoire du droit commercial romain (ouvrage publié après la mort de l'auteur par Henri, Lévy-Bruhl).

- DE JHERING (R.). — Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain. T. 3 : Du rôle de la volonté dans la possession (traduction O. de Meulnaere). Paris, 1891.
- JUGLAR. — Du rôle des esclaves et des affranchis dans le commerce. Thèse, Paris, 1894.
- KELLER. — Ueber Litis Contestatio und Urtheil nach classischen römischen Recht. Zurich, 1827.
- De la procédure civile et des actions chez les Romains (traduction Capnas). Paris, 1870.
- Einige Einwände gegen die Aufsätze in Bd. II (1, 12) (Bekkers Jahrb., t. 2, p. 153).
- DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI (J.). — Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht. Weimar, 1903, 2 vol.
- Naturalis ratio en droit classique romain (Studi in onore Bonfante, t. 3, p. 467).
- KRÜGER (Paul). — Histoire des sources du droit romain, trad. par M. Brissaud, Paris, 1894.
- Zur Formel der actio de peculio (Z. S. S. f. R., t. 4, 1883, p. 108).
- KUNKEL (W.). — Diligentia (Z. S. S. f. R., t. 45, 1925, p. 266).
- LAMBERT (Edouard). — La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative. Paris, 1901.
- LAST (Adolf). — Fragen der Besitzlehre (Jher. Jahrb., 2^e Folge, t. 26, 1913, p. 1).
- LE BRAS (Gabriel). — Esquisse, bibliographie et conclusions d'un cours de Pandectes (Revue Internationale de l'Enseignement, t. 85, 1931, p. 241).
- LENEL (Otto). — Essai de reconstitution de l'édit perpétuel, trad. par Fréd. Peltier sur un texte revu par l'auteur 2 vol. Paris, 1901-1903.
- Weitere Bruchstücke aus Ulpian's Disputationen (Z. S. S. f. R., t. 25, 1904, p. 368).
- Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner wiederherstellung (3 éd.). Leipzig, 1927.
- Die Formeln der actiones noxales (Z. S. S. f. R., t. 47, 1927, p. 1).
- Afrikans Quästionen. Versuch einer Kritischen Palinogenesie (Z. S. S. f. R., t. 51, 1931, p. 1).
- LEVET (Albert). — Le bénéfice de compétence. Thèse Grenoble. Paris, 1927.
- LEVY (Ernst). — Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im Klassischen römischen Recht, t. 1, Berlin, 1918.
- Neue Juristenfragmente aus Oxyrhynchos (Z. S. S. f. R., t. 48, 1928, p. 532).

- Zum Gaius von Oxyrhynchos (Studi Bonfante, t. 2, p. 277).
- Z. S. S. f. R., t. 51, 1931. Literatur, p. 543 (Studi in onore di Pietro Bonfante).
- LÉVY-BRUHL (H.). — La fonction du très ancien testament romain (R. H. de droit, 1921, p. 634).
- LEWALD (H.). — Z. S. S. f. R., t. 34, 1913. Literatur, p. 449.
- LONGO (Carlo). — L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano (Bull., t. 14, 1901, p. 127; 224; t. 15, 1904, p. 283).
- Sull « Hereditas » concepita come « Universitas » (Studi Fadda, t. 1, p. 125).
- Note critiche a proposito della trichotomia jus naturale gentium civile (Rendiconti Lombardo, t. 40, p. 632).
- LONGO (Giannetto). — Il concetto classico e il concetto giustiniano di « administratio peculii » (Archivio giuridico, 4^e série, t. 16, fasc. 2, 1928, p. 184).
- Libera administratio peculii (Bull., t. 38, 1930, p. 29).
- LOUIS (Paul). — Le travail dans le monde romain. Paris, 1912.
- MACHELARD (E.). — Des obligations naturelles en droit romain. Paris, 1861.
- Dissertation de droit romain et de droit français. Paris, 1882.
- MANDRY (Gustav). — Peculium duplicis juris (Z. f. R., t. 8, 1869, p. 382).
- Das gemeine Familiengüterrecht. 2 vol. Tübingen, 1871-1876.
- MARCHI (Antonio). — Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano (Bull., t. 16, 1902, p. 206).
- MARQUARDT. — La vie privée des Romains (traduction V. Henry), t. 1.
- DI MARZO (Salvatore). — Sulla dottrina romana dell' eredità giacente (Studi Scialoja, t. 2, p. 51 suiv.).
- MASSOL. — De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français (2^e éd.). Toulouse, 1862.
- DE MEDIO (Alfredo). — I Tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro (Bull., t. 13, 1900, p. 208).
- MICHON (L.). — La succession abintestat dans le plus ancien droit romain (R. H. de droit, 1921, p. 119).
- MITTEIS (Ludwig). — Ueber die Manumissio vindicta durch den Haussohn (Z. S. S. f. R., t. 21, 1900, p. 199).
- Textkritische Miscellen (Z. S. S. f. R., t. 22, 1901, p. 125).

- MONIER (Raymond). — *Compte rendu sur l'ouvrage de Korosec : Die Erbenhaftung nach römischen Recht; erster Teil : das Zivil-und Amstrecht.* Leipzig, 1927 (R. H. de droit, 1929, p. 345).
- La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine. Paris, 1930.
- MÜLHENBRUCH. — Ueber die s. g. juris und facti universitates (Arch. f. civ. Praxis, t. 17, 1834, p. 321.).
- NABER (J. C.). — *Observatiunculæ de jure romano* (Mnemosyne, t. 37, 2^e série, 1909, p. 273).
- PACCHIONI (Giovanni). — Nuove considerazioni sulla distinzione fra « debitum » e « obligatio » (Atti Torino, t. 54, 1917-1918, p. 488).
- L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale (Rivista di diritto civile, t. 18, p. 39).
- PAMPALONI (Mucio). — La complicità nel delitto di furto (furtum ope consilio) (Studi Senesi, t. 16, 1899, p. 19; 197).
- Sopra la condictio furtiva (Studi Senesi, t. 16, 1899, p. 218).
- Contributi alla determinazione degli emblemi nelle Pandette (Archivio giuridico, t. 55, 1895, p. 500).
- Questioni di diritto giustiniano (Riv. ital. sc. giur., t. 49, 1911, p. 201).
- PARTSCH (J.). — *Literatur Z. S. S. f. R.*, t. 32, 1911, p. 447.
- PEROZZI (Silvio). — La distinzione fra debito ed obbligazione (Riv. diritto commerciale, t. 15, 1917, parte prima, p. 748).
- Le Obbligazioni romane. Bologne, 1903.
- Interpretazione di Gai III, 119 a (Studi Bonfante, t. 1, p. 17).
- PFLÜGER. — Ciceros Rede pro Q. Roscio Comeodo rechtlich beleuchtet und verwertet. Leipzig, 1904.
- LA PIRA (Giorgio). — La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano. Firenze, 1930.
- POKROWSKY (J. v.). — Die actiones in factum des classischen Rechts (Z. S. S. f. R., t. 16, 1895, p. 7).
- Zur Lehre von den actiones in jus und in factum (Z. S. S. f. R., t. 20, 1899, p. 99).
- PRINGSHEIM (Fritz). — Animus donandi (Z. S. S. f. R., t. 42, 1921, p. 273).
- *Literatur. Z. S. S. f. R.*, t. 46, 1926, p. 350 (H. Siber, Naturalis obligatio).
- RÉVILLOUT (Eugène). — Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité. Paris, 1886.

RICCOBONO (Salvatore). — Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine. V. Il fr. 32, pr. D. 15-1 di Ulp. II Disput. secondo una citazione di Stefano (Bull., t. 18, 1906, p. 216).

— Zur Terminologie der Besitzverhältnisse (Z. S. S. f. R., t. 31, 1910, p. 321).

— Dal diritto romano classico al diritto moderno a proposito del fr. 14 D., X, 3 Paulus III, 'ad Plautium' (Annali Palermo, t. 3, 4, 1917, p. 165).

RIVIER (Alphonse). — Précis du droit de famille romain. Paris, 1891.

ROTONDI (Giovanni). — Possessio quae animo retinetur (Bull., t. 30, 1921, p. 1).

ROESLER (Carl, Friedrich, Hermann). — Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht (Z. f. H., t. 4, 1861, p. 252).

RUHSTRAT. — Zur Lehre von der actio de in rem verso (Jh. Jh., t. 15, 1877, p. 268).

— Bemerkung über die actio de in rem verso (Jh. Jh., t. 19, 1881, p. 416).

SALEILLES (R.). — De la personnalité juridique. Histoire et théorie. Paris, 1910.

— Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain. (Festschrift Otto Gierk zum Sibzigsten Geburtstag... Weimar, 1911).

DE SAVIGNY (F. C.) — Le droit des obligations traduit de l'allemand et accompagné de notes par G. Gérardin et Paul Josson, 2^e éd., 2 vol., Paris, 1873.

SCADUTO (G.). — Contributo esegetico alla dottrina dell' eredita giacente (Annali Palermo, t. 8, 1922, p. 3).

SCHIRMER (Th.). — Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten II (Z. S. S. f. R., t. 12, 1892, p. 15).

SCHLOSSMANN. — De in rem verso (Jh. Jahrb., t. 23, N. F., 1896, p. 78).

— Nochmals die actio de in rem verso utilis (Jh. Jahrb., t. 24, N. F., 1896, p. 316).

SCHMIDT (A.). — Das Hauskind in Mancipio. Leipzig, 1879.

SCHULZ (Fritz). — Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im Klassischen römischen Recht (Z. S. S. f. R., t. 27, 1906, p. 82).

SECKEL (Emil). — Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urtheil nach Klassischen römischen Recht (Festgabe Bekker, 1907, p. 323).

SEGRÉ (Gino). — Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano (Studi Bonfante, t. 3, p. 499).

— Ricerche di diritto ereditario romano. Roma, 1930.

- DE SENARCLENS (Arthur). — La duplex condemnatio de l'action réhabilitaire (Studi Bonfante, t. 3, p. 91).
- SENN (Félix). — De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice — suivie d'une étude sur la distinction du jus naturale et du jus gentium. Paris, 1927.
- La famille antique et ses principales assises de la famille moderne. (Le maintien et la défense de la famille par le droit. Paris, 1930, p. 3-25).
- SIBER (Heinrich). — Naturalis obligatio (Gedenkschrift für Ludwig Mitteis. Leipzig, 1926).
- SOKOLOWSKI. — Die Philosophie im Privatrecht (Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der Modernen Gesetzgebung). Halle, 1902.
- SOLAZZI (Siro). — Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio (Bull., t. 11, 1898, p. 103).
- Studi sull' « actio de peculio » (Bull., t. 17, 1905, p. 208; t. 18, 1906, p. 228; t. 20, 1908, p. 5).
- L'actio de peculio annalis contro gli eredi (Studi Senesi, t. 23, 1906 — t. 2 des Studi Moriani, — p. 115).
- Peculio e in rem versio nel diritto classico (Studi Brugi, p. 203).
- Jus deductionis e condemnatio cum deductione nell' actio de peculio (Studi Fadda, t. 1, p. 345).
- Conductio e azioni adjettizie (Riv. ital. sc. giur., t. 49, 1911, p. 51).
- Le azioni del pupillo e contro il pupillo (Bull., t. 25, 1912, p. 89).
- Contro la rappresentanza del defunto (Riv. ital. sc. giur., t. 48, 1916, p. 277).
- La definizione del procurator (Rend. Lomb., t. 56, 1923, p. 142).
- Procuratori senza mandato (Rend. Lomb., t. 56, 1923, p. 735).
- Miscellanea (Archivio giuridico, 1925 (1), p. 58).
- VON TUHR (Andreas). — Actio de in rem verso : zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freiburg. 1895).
- De in rem verso (Jh. Jahrb., N. F., t. 23, 1896, p. 431).
- VASSALLI (F. E.). — « Dies vel condicio ». (Bull., t. 27, 1914, p. 192).
- VAZNY (Jean) — Naturalis obligatio (Studi Bonfante, t. 4, p. 129).
- VERMOND (E.). — De jure rerum corporalium privatorum, t. 1, Paris, 1928.

- VERNAY (Eugène). — Servius et son école (contribution à l'histoire des idées juridiques à la fin de la République romaine). Thèse, Lyon, 1909.
- DE VISSCHER (Fernand). — Vindicta et Noxa (Studi Bonfante, t. 3, 1930, p. 233).
- Etudes de droit romain, Paris, 1931.
- WALLON (H.). — Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité (2^e édit.). Paris, 1879, t. 2 et 3.
- WARNKÖNIG. — Ueber den Begriff und die juristische Wichtigkeit der sogenannten Universitas rerum (Arch. f. civ. Praxis, t. 11, 1828, p. 169).
- WESTRUP. — La succession primitive devant l'histoire comparative.
- WILLEMS (Joseph). — Coup d'œil sur l'étendue de la puissance paternelle à Rome (Musée belge, t. 3, 1899, p. 214, 282).
- ZANZUCCHI (Pier, Paolo). — Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra conjugii in diritto romano (Rivista ital. sc. giur., t. 42, 1906).
- Rivista della letteratura romanistica italiana 1907-1908 (Z. S. S. f. R., t. 30, 1909, p. 509).
-

Addenda

Nous avons omis de mentionner à sa place le second article de M. G. Longo sur l'*administratio peculii* (Libera administratio peculii, Bull. t. 38, 1929, p. 29). M. Longo, nous l'avons dit, soutient que le droit classique ignorait une *concessio administrationis* distincte de la *concessio peculii*. M. Albertario qui adopte cette façon de voir, s'est efforcé de démontrer l'interpolation des nombreux textes du digeste où il est question de l'*administratio* ou de la *libera administratio peculii*. Dans l'article publié en 1929 par le Bullettino, M. G. Longo passe en revue ces différents textes. A son avis, la mention de l'*administratio peculii* est interpolée dans les frs. 28, § 2 D. 2-14; 7, § 1; 46 D. 15-1; 1, § 1 D. 20-3; 8, § 5 D. 20-6; 24 D. 23-3; 14 pr. D. 41-2; 84 D. 46-3. M. Longo n'en admet pas, au contraire, l'interpolation dans les frs. 41, § 1 D. 6-1; 11, § 2 D. 12-1; 20 D. 12-2; 13 pr. D. 12-6; 18, § 4 D. 13-7; 3, § 2 D. 14-6; 48, § 1 D. 15-1; 7 D. 39-5; 12 D. 42-8; 15, § 3 D. 44-3; 34 pr. D. 46-2; 52, § 26 D. 47-2; c. 10 C. 4, 26; c. 3 C. 8, 42. Il attribue seulement aux compilateurs le mot *libera* qui, dans plusieurs de ces textes, accompagne l'expression : *administratio peculii*. La concession de l'administration dont il est question dans cette seconde série de textes, ne serait autre que l'autorisation d'administrer que comportait l'autorisation donnée au *subjectus* de se constituer un pécule. Même ainsi présentée, la théorie de M. Longo ne peut être admise. Nous avons repoussé déjà l'interpolation de la mention de l'*administratio peculii* dans les textes où M. Longo l'impute aux compilateurs. Or, dans ces textes, la *concessio administrationis* apparaît nettement distincte de la *concessio peculii*. Peu vraisemblable enfin, est l'interpolation du mot *libera* dans l'expression : *libera administratio peculii*. Dans un grand nombre de textes, en effet, nous trouvons l'expression plus simple : *administratio peculii*. Pourquoi les compilateurs auraient-ils introduit le mot *libera* dans quelques-uns de ces textes, non dans tous, alors que *libera administratio peculii* et *administratio peculii* ont le même sens au digeste ?

Explication des signes employés

Les passages des textes juridiques insérés entre les signes [...] sont ceux considérés comme des additions postérieures; sauf toutefois dans les citations du papyrus Oxyrhinque de Gaius où ces signes indiquent les mots ou lettres restitués. Dans les autres textes, les restitutions proposées sont mises entre les signes < ... >.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	5
INTRODUCTION	7
<i>Chapitre préliminaire. — LE PRINCIPE DE L'INCAPACITÉ PATRIMONIALE DES ESCLAVES ET DES FILS. — LA RÉFORME PRÉTORIENNE. — L'ÉDIT SUR L'ACTION de peculio</i> . . .	11
<i>TITRE PREMIER. — Le principe de l'incapacité patrimoniale des esclaves et des fils au moment de l'édit sur l'action de peculio</i>	11
<i>Paragraphe premier. — L'incapacité patrimoniale des esclaves</i>	12
I. — Incapacité absolue de jouissance des esclaves en matières de droits patrimoniaux, conséquence de leur défaut de personnalité juridique.	13
II. — L'esclave en tant qu'objet de droit <i>Dominium</i> et <i>potestas</i>	19
III. — Reconnaissance dès l'époque la plus ancienne de la personnalité humaine des esclaves. — Principale conséquence : pouvoir des esclaves de représenter activement leur maître dans les rapports d'affaires avec les tiers	26
<i>Paragraphe deuxième. — L'incapacité patrimoniale des fils de famille</i>	34
I. — Origine de l'incapacité patrimoniale des fils et du <i>jus adquirendi</i> du <i>paterfamilias</i>	34

II. — Etendue et fondement de l'incapacité patrimoniale des fils dans le droit civil évolué	42
TITRE DEUXIÈME. — <i>La réforme prétorienne. — Le rôle économique et social du pécule</i>	49
I. — Transformations économiques et sociales de la Rome primitive au cours de la période républicaine. — Inconvénients résultant de l'incapacité patrimoniale des <i>subjecti</i> et de l'impossibilité d'une représentation passive du <i>paterfamilias</i>	49
II. — La réforme prétorienne. — L'édit sur l'action de <i>peculio</i>	55
III. — Le rôle du pécule après l'édit. — Utilité de l'action de <i>peculio</i> en comparaison avec les actions adjectices <i>in solidum</i>	61
IV. — Origine du pécule	65
V. — Raisons qui rendent, a priori, vraisemblable une évolution de cette institution pendant le cours de l'époque classique	68
PREMIÈRE PARTIE. — <i>La nature juridique du pécule. Pécule et patrimoine</i>	73
Chapitre premier. — ETUDES SUR LES NOTIONS D'UNIVERSALITÉ ET DE PATRIMOINE EN DROIT ROMAIN	75
Paragraphe premier. — La notion d'universalité. Universalités de fait et universalités de droits..	75
I. — La distinction traditionnelle entre les <i>universitates juris</i> et <i>facti</i> . La doctrine des glossateurs. Les conceptions modernes	75
II. — Le <i>corpus ex distantibus</i> . Ses traits caractéristiques. — Date d'apparition de cette notion. — Quels ensembles d'objets pouvaient constituer des <i>corpora ex distantibus</i>	78
III. — La notion d'universalité juridique en droit romain classique. — L'hérédité en tant qu' <i>universitas jurium</i>	88
IV. — Traits caractéristiques des <i>universitates jurium</i> . — Les autres <i>universitates jurium</i> du droit romain	99
V. — Date de formation de la notion d'universalité juridique. — La notion de <i>bona</i> , notion distincte de celle d' <i>universitas jurium</i> et de formation antérieure	103

Paragraphe deuxième. — Fondement juridique des diverses <i>universitates juris</i> du droit romain.	
— La théorie du patrimoine	110
I. — Idée de but et idée de personnalité. Conciliation et opposition de ces idées dans les ouvrages des Pandectistes et des Civilistes modernes. Conception romaine : le patrimoine, émanation de la puissance juridique du <i>sui juris</i> , peut se subdiviser en <i>universitates juris</i> affectées à un but déterminé	110
II. — La personnalité morale en droit romain. Influence en cette matière de la notion de <i>corpus ex distantibus</i> . Les prétendues personnes morales du droit romain sont des êtres collectifs ayant une existence réelle et pouvant jouir de droits patrimoniaux	116
III. — La théorie de l' <i>hereditas jacens</i>	122
IV. — Le concept de succession <i>in locum et in jus defuncti</i>	138
V. — Aperçu sur d'autres conséquences de la conception romaine classique du patrimoine	142
Chapitre deuxième. — LE PÉCULE EN TANT QU'UNIVERSALITÉ DE DROITS	145
TITRE PREMIER. — <i>La composition du pécule</i>	146
Paragraphe premier. — L'actif du pécule	146
I. — L'actif du pécule à l'époque classique point de vue général	146
II. — Les éléments incorporels de l'actif du pécule. — Époque à partir de laquelle le pécule put contenir des créances contre les tiers	148
III. — Époque à partir de laquelle il put contenir des créances de l' <i>alieni juris</i> contre son <i>paterfamilias</i> ou d'autres membres de la <i>domus</i>	151
IV. — Théorie aux termes de laquelle les créances de l' <i>alieni juris</i> contre son <i>paterfamilias</i> auraient eu pour simple effet de se compenser avec les articles de déduction. Inadmissibilité de cette théorie.	172
Paragraphe deuxième. — Le passif du pécule.	175
I. — Le passif du pécule à l'époque classique.	175
A. Les dettes déductibles.	175

B. Les dettes donnant lieu à l'action <i>de peculio</i> ou à la <i>tributio mercis</i> . Inadmissibilité de la théorie selon laquelle ces dettes ne feraient pas partie du pécule.....	178
II. — Le pécule considéré avant l'époque classique comme un ensemble de <i>bona</i> ne comprenant pas les dettes. Origines de la règle : <i>peculium deducto quod domino debetur computandum esse</i>	182
TITRE DEUXIÈME. — L'homogénéité du pécule.....	187
Paragraphe premier. — Le pécule en tant que formant un groupe homogène à l'intérieur du patrimoine du <i>paterfamilias</i>	188
Paragraphe deuxième. — Le pécule en tant qu'entité abstraite indépendante des éléments qui la composent	190
I. — Modifications possibles du contenu du pécule. Augmentation et diminution du pécule. Subrogation réelle	190
II. — Survie du pécule à la perte de ses éléments actifs. — <i>Peculium in quo nihil est</i> . — Existence du pécule même en l'absence de tout élément actif ou passif.....	193
Paragraphe troisième. — L'Homogénéité du pécule dans les hypothèses où il est l'objet d'un transfert en vertu d'un acte de disposition à titre particulier.	201
I. — Raisons qui expliquent pourquoi le pécule semble perdre le caractère d'universalité juridique dans les hypothèses où il est l'objet d'un transfert en vertu d'un acte de disposition à titre particulier	201
II. — Transmission de l'actif du pécule. — Impossibilité d'une transmission directe des créances.	205
III. — Inexistence d'une <i>vindicatio generalis</i> permettant de réclamer le pécule dans son ensemble.	206
IV. — Transmission du passif du pécule lorsque ce dernier est l'objet d'un transfert en vertu d'un acte de disposition à titre particulier....	208
A. Importance en cette matière de la façon dont on conçoit la responsabilité adjectice du <i>paterfamilias</i>	208

B. Divergences de vues entre les jurisconsultes Sabinien et Proculien.....	210
C. La transmission du passif en cas de legs. Les opinions diverses de Cœlius Sabinus, Pegasus, Julien. — Succès de la doctrine de Pegasus. — Cause de ce succès.....	214
V. — Survivances de règles anciennes formées à une époque où le pécule était un <i>corpus ex distantibus</i>	219
A. En cas de vente du pécule.....	219
B. En cas de legs.....	221
Chapitre troisième. — LE PÉCULE COMME ATTRIBUT DE LA PERSONNE EN PUISSANCE.....	227
TITRE PREMIER. — La <i>concessio peculii</i>	230
Paragraphe premier. — Les diverses théories émises par les auteurs sur l'importance de la <i>concessio peculii</i> relativement à la formation et au développement du pécule.....	230
Paragraphe deuxième. — Le rôle de la volonté du <i>paterfamilias</i> dans la formation et le développement du pécule depuis l'édit de <i>peculio</i> jusqu'à l'époque d'Hadrien	233
I. — La constitution du pécule.....	233
A. L'opinion dominante pendant cette période : nécessité d'une concession pour la constitution du pécule	233
B. La doctrine divergente de Proculus : ce jurisconsulte n'exige pas une concession du <i>paterfamilias</i> lorsque le pécule n'est pas constitué <i>ex re patris</i> . — Etude du fr. 17, § 4 D. 14-3.....	235
II. — Forme de la concession : elle doit être expresse.	243
III. — Les autres conditions de la constitution du pécule : la <i>naturalis datio</i>	247
IV. — La <i>concessio</i> relativement aux accroissements du pécule créé : elle est requise seulement lorsque l'acquisition a lieu <i>ex re patris</i> ..	251
Paragraphe troisième. — Le rôle de la volonté du <i>paterfamilias</i> dans la formation et le développement du pécule, pendant la seconde moitié de l'époque classique	264

I. — La doctrine de Marcellus rapportée et adoptée par Ulpien : c'est celle émise déjà, mais sans succès, par Proculus. — Le pécule peut se constituer <i>ex re aliena</i> sans concession....	264
A. Etude du fr. 7, § 1 D. 15-1.....	265
B. Etude du fr. 7, § 3 h. t.	272
C. Etude du fr. 3, §§3 et 4 h. t.....	274
II. — La doctrine intermédiaire de Pomponius. La concession, exigée encore par ce jurisconsulte, même lorsque le pécule se forme <i>ex re aliena</i> peut être dans ce cas tacite ou même présumée	276
III. — La doctrine de Marcellus comparée à celle de Pomponius	279
IV. — Le succès de la doctrine de Marcellus. Elle est adoptée non seulement par Ulpien, mais par Paul, par Papinien et par Marcien.....	284
TITRE DEUXIÈME. — <i>Le caractère de nécessité du pécule.</i>	290
Remarques préalables	290
Paragraphe premier. — L'existence du pécule <i>juris intellectu</i> avant toute <i>concessio peculii</i> , plus généralement, avant toute acquisition <i>peculii nomine</i> de la personne en puissance.....	293
I. — Preuves indirectes de l'existence de plein droit du pécule (<i>juris intellectu</i>) avant même que celui-ci ait apparu matériellement, pendant la seconde moitié de l'époque classique. Notamment le témoignage indirect des textes de cette époque relatifs à l'action <i>de peculio</i> et où il est question d'un <i>peculium in quo nihil est</i> .	294
II. — L'existence de plein droit du pécule <i>juris intellectu</i> était déjà admise par Proculus.....	296
III. — Conséquence découlant de l'identité de nature du pécule et du patrimoine, à l'époque d'Ulpien : l'ancien patrimoine de l' <i>adrogatus</i> considéré comme ayant été dans le passé un pécule.	300
IV. — L'action <i>de in rem verso</i> et l'existence du pécule.	307

A. Nature de l' <i>in rem domini patrisve versio</i> . Primitivement était un <i>in rem domini verum</i> tout enrichissement injuste du <i>paterfamilias</i> en raison de contrats de l' <i>in potestate</i> . Au cours de l'époque classique, les cas d' <i>in rem</i> <i>domini patrisve versio</i> sont limités aux cas de gestion utile des affaires du chef de la <i>domus</i> par l' <i>in potestate</i>	307
B. L'existence du pécule est une condition à défaut de laquelle il n'y a pas d' <i>in rem do-</i> <i>mini patrisve versio</i> sanctionnée.....	323
C. Obligation pour le demandeur à l'action de <i>in rem verso</i> de prouver l'existence du pé- cule. Cette obligation disparaît après la trans- formation des règles relatives à la constitu- tion du pécule, celui-ci étant alors censé exister de plein droit. Comparaison entre le § 74, Com. 4 de Gaius, et le § 5 Institutes de Justinien 4, 7	326
D. Absence d'indices contraires à cette évolu- tion. Etude des fr. 20 et 21 D. 15-3.....	332
Paragraphe deuxième. — L' <i>ademptio peculii</i> et la durée du pécule.....	339
I. — Le droit pour le <i>paterfamilias</i> de faire ademption du pécule.....	340
II. — La portée de l'ademption totale. La dé- fense d'acquérir <i>nomine peculii</i> . Ce pouvoir du <i>paterfamilias</i> n'est pas logiquement incompati- ble avec le caractère de nécessité du pécule..	341
Chapitre quatrième. — L'UNICITE DU PÉCULE.....	347
TITRE PREMIER. — L'unicité du pécule lorsque l' <i>alieni</i> <i>juris</i> est soumis à un seul <i>paterfamilias</i>	348
Paragraphe premier. — La <i>merx peculiaris</i>	349
I. — Première question : quand y a-t-il <i>merx pe-</i> <i>culiaris</i> et sous quelles conditions le pécule commercial se distingue-t-il du pécule civil ?..	349
II. — Deuxième question : La <i>merx peculiaris</i> n'est-elle qu'une partie du pécule de l' <i>alieni</i> <i>juris</i> commençant ou bien forme-t-elle un se- cond pécule complètement distinct du pécule civil ? La <i>merx peculiaris</i> est une universalité juridique englobée dans le pécule de l' <i>alieni</i> <i>juris</i> commerçant	351

Paragraphe deuxième. — Les pécules des <i>vicarii</i> et <i>servi peculiares</i>	355
I. — Le <i>peculium vicarii</i> est une universalité juridique. Il se distingue à plusieurs égards du <i>peculium ordinarii</i>	357
A. Il peut être l'objet d'un legs spécial.....	357
B. Des rapports sont possibles entre le pécule du vicaire et le pécule de l'ordinaire ou le patrimoine du maître.....	358
C. Les dettes contractuelles du vicaire ne frappent le plus souvent que son pécule, elles ne frappent le patrimoine direct du maître que dans les cas où le maître serait tenu <i>in solidum</i> du chef d'un esclave direct, le pécule de l'ordinaire dans les cas où celui-ci serait tenu <i>in solidum</i> s'il était le maître libre du vicaire (sauf en ce qui concerne les dettes commerciales, qui, en cas de <i>scientia ordinarii</i> , frappent tout le pécule de l'ordinaire).	359
D. Le pécule de l'ordinaire et celui du vicaire ne sont pas liés quant à leur durée. — Le <i>peculium vicarii</i> peut survivre au <i>peculium ordinarii</i>	368
II. — Le pécule du vicaire n'est qu'une partie ou subdivision du pécule de l'ordinaire. — Conséquences qui en découlent	369
TITRE DEUXIÈME. — <i>L'unicité du pécule lorsque l'alieni juris appartient simultanément ou successivement à plusieurs patresfamilias</i>	372
Paragraphe premier. — L'unicité du pécule lorsque l'esclave est commun à plusieurs maîtres.....	374
Section première : Cas dans lesquels le <i>servus communis</i> possède un pécule commun.....	375
Section deuxième : Le régime de l'action <i>de peculio</i> en cas de communauté du pécule.....	377
I. — L'action porte sur l' <i>universum peculium</i> (condamnation du défendeur <i>in universum peculium</i> et déduction des dettes envers tous les maîtres).	377
II. — L'existence d'un recours entre <i>socii</i> , pré-supposé nécessaire de la condamnation <i>in universum peculium</i> du <i>socius</i> défendeur. — Ce recours n'existe que lorsque l'esclave et le pécule sont communs.....	379

III. — Julien inventeur de l'action <i>in universum peculium</i> . — Les raisons qui ont poussé Julien à cette innovation, celles qui ont fait adopter la doctrine de Julien par les jurisconsultes postérieurs.	383
Section troisième : Le régime de l'action <i>de pecurio</i> en cas de <i>peculia separata</i>	391
I. — L'enseignement d'Ulpien au fr. 15 D. 15-1 Le défendeur n'est pas condamné, dans ce cas, au delà de la valeur du pécule lui appartenant et il ne peut déduire que ce qui est dû à lui-même.	392
II. — Contradiction prétendue entre le fr. 15 D. 15-1 d'Ulpien et le fr. 27, § 8 h. t. de Gaius. Théories diverses s'appuyant sur cette prétendue contradiction : divergence d'opinions entre Ulpien, d'une part, Julien et Gaius, de l'autre. — Interpolation du fr. 15 D. 15-1.	392
III. — Inadmissibilité de ces théories.	395
A. La communauté du pécule conditionne l'existence d'un recours entre <i>socii</i> , relativement à une condamnation <i>de peculio</i>	396
B. Inexistence d'une contradiction entre les doctrines exposées aux fr. 15 et 27, § 8 D. 15-1	399
C. Etude du fr. 12 D. 15-1.	402
IV. — Les solutions vraisemblables proposées en cette matière par les jurisconsultes, au cours de l'époque classique.	404
Paragraphe deuxième. — L'unicité du pécule dans les hypothèses où l'esclave appartient simultanément à plusieurs maîtres non <i>socii</i>	405
Section première : La formule de l'action <i>de peculio</i> . L'exercice successif de cette action contre les différents maîtres du <i>servus plurium</i> , <i>rescisso superiore iudicio</i>	406
I. — Moyens par lesquels on pouvait consacrer à l'égard des tiers l'unité des pécules du <i>servus plurium</i> . — Importance en la matière de la rédaction de la formule.	406
II. — La formule de l'action <i>de peculio</i> . — Exactitude de la théorie de Keller reprise et défendue par M. Lenel. — L'exercice successif de	

l'action de <i>peculio</i> pour une même dette contre des maîtres différents n'est possible que grâce à une restitution <i>in integrum</i>	408
III. — Le témoignage des textes du Digeste. — Controverses auxquelles ces textes ont donné lieu.	410
IV. — Le fragment de Strasbourg confirme la théorie de Keller et de M. Lenel et témoigne de l'emploi, à l'époque classique, de l' <i>in integrum restitutio</i> contre l'effet extinctif de la <i>contestatio litis</i> avec un des maîtres de l'esclave....	411
V. — L'authenticité des règles énoncées dans le parchemin de Strasbourg.....	414
Section deuxième : Cas du <i>servus fructuarius</i> et cas assimilés.	417
I. — La doctrine de Pomponius (fr. 2 D. 15-1). Les pécules que l'esclave tient de l'usufruitier et du nu-propriétaire, constituent des universalités juridiques complètement distinctes ayant leur passif propre. C'est la doctrine anciennement suivie	417
II. — La doctrine de Marcellus (fr. 19, § 1 D. 15-1). Responsabilité de l'usufruitier et du nu-propriétaire <i>ex omni contractu</i> . Exercice successif de l'action de <i>peculio</i> , <i>rescisso superiore iudicio</i> , contre les deux maîtres du <i>servus fructuarius</i> . Limite consentie par Marcellus : celui des maîtres <i>ad quem res non respicit</i> n'est que subsidiairement tenu. L'authenticité de la partie du fr. 19, § 1 D. 15-1 où Ulpien expose l'opinion de Marcellus	420
III. — La seconde <i>sententia</i> de Marcellus est adoptée par Ulpien et par Papinien (fr. 19, § 1 D. 15-1. — Authenticité de cette partie du texte. — Comparaison avec le fragment 50, § 3 D. 15-1).	425
IV. — La doctrine attribuée à Julien au fr. 37, § 3 D. 15-1 : Julien aurait, lui aussi, permis l'exercice de l'action de <i>peculio</i> , <i>rescisso superiore iudicio</i> . Interpolation de ce texte. — La doctrine vraisemblablement suivie par Julien (fr. de Strasbourg; fr. 32 pr.; 14; 27, § 3 D. 15-1) : Julien ne se servait pas de l' <i>in integrum</i>	

<i>restitutio</i> , mais permettait au créancier de diviser sa créance et d'agir simultanément contre les deux maîtres de l'esclave.....	429
V. — Exercice de l'action <i>de peculio</i> entre usufruitier et nu-propriétaire. La doctrine de Julien et d'Ulpien (fr. 37, § 3 et 19, § 2 D. 15-1) : Les dettes envers l'un des maîtres, pouvant donner lieu à l'action <i>de peculio</i> contre l'autre maître, frappent l' <i>universum peculium</i> . — L'action <i>de peculio</i> ne peut être intentée que dans la mesure où la dette n'est pas couverte par la partie du pécule appartenant au maître demandeur. Dettes en vertu desquelles l'usufruitier pouvait agir <i>de peculio</i> contre le nu-propriétaire. (Divergence d'opinions entre Julien et Papinien (fr. 37, § 3 D. 15-1 et 118 D. 45-1)....	442
VI. — Cas où l'esclave sert un possesseur de bonne foi, deux usufruitiers ou possesseurs de bonne foi	447
Section troisième. — Cas du <i>servus dotalis</i>	448
I. — La doctrine ancienne : les <i>res peculiares</i> dotales et les <i>res peculiares</i> non dotales constituent l'actif de deux pécules complètement distincts ayant leur passif propre.....	448
II. — La doctrine de Marcellus et d'Ulpien (fr. 19, § 1 D. 15-1). La dette frappe l' <i>universum peculium</i> et l'action <i>de peculio</i> intentée contre le mari porte sur tout le pécule. Mais, au moment de la restitution de la dot, on tient compte de la <i>causa debendi</i> . La dette, en définitive, ne porte que subsidiairement sur la partie du pécule à laquelle ne se réfère pas la <i>causa debendi</i>	450
Paragraphe troisième. — L'unicité du pécule dans les hypothèques où l' <i>alieni juris</i> passe du pouvoir d'un <i>paterfamilias</i> dans celui d'un autre.....	456
I. — Concours entre l'action <i>de peculio</i> ordinaire et l'action <i>annalis</i> . Les dettes contractées avant la vente de l'esclave frappent l'ancien pécule (pendant une année utile) et le pécule nouvellement acquis par l'esclave. Ce concours n'existe que depuis peu avant Julien.....	456
II. — La doctrine de Gaius et de Julien (fr. 27, § 3 D. 15-1). Ces deux jurisconsultes ne permettaient pas au créancier d'agir contre l'ache-	

teur ou le vendeur <i>in universum peculium</i>, ni d'agir successivement contre l'un et l'autre, <i>rescisso superiore iudicio</i>. Ils lui permettaient d'agir contre l'un pour la totalité de la dette (le défendeur n'étant condamné que dans la mesure du pécule lui appartenant) ou de diviser sa créance et d'agir simultanément contre l'acheteur et le vendeur. — Interpolation du fr. 11, § 8 D. 15-1.....	458
III. — La doctrine d'Ulpien, de Paul et de Proculus (fr. 30, § 5; 47, § 3 D. 15-1). Ces jurisconsultes permettaient au créancier d'agir successivement contre l'acheteur et le vendeur, <i>rescisso superiore iudicio</i>. — Proculus et Paul refusaient au créancier le droit de diviser sa créance et d'agir simultanément contre l'acheteur et le vendeur. Motif de ce refus.....	469
IV. — Le règlement des dettes de l'esclave envers l'acheteur et le vendeur.....	477
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	479
DEUXIÈME PARTIE. — <i>La situation juridique des subjecti vis-à-vis des droits et obligations constituant les éléments actifs ou passifs de leur pécule</i>.....	485
Chapitre premier. — LES POUVOIRS DU <i>subjectus</i> SUR SON PÉCULE	487
Remarques préalables. — Différentes catégories de pouvoirs que le <i>subjectus</i> possède sur son pécule. — Reconnaissance de pouvoirs propres aux <i>subjecti</i> après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule. — Exigence dès l'époque classique d'une <i>concessio administrationis</i> pour la validité de certains actes. — La théorie de l'<i>administratio peculii</i> a été l'objet d'une évolution liée à la transformation des règles relatives à la constitution du pécule	487
Paragraphe premier. — Les pouvoirs du <i>subjectus</i> sur son pécule depuis le milieu du second siècle.	493
I. — Actes que le <i>subjectus</i> ne pouvait jamais valablement accomplir, même avec une autorisation expresse. — Les dispositions testamentaires. — Exception faite en faveur des esclaves publics	493

II. — Actes pour la validité desquels la <i>concessio administrationis</i> était insuffisante : les donations proprement dites, les donations déguisées.	494
III. — Actes pour la validité desquels la <i>concessio administrationis</i> était nécessaire : ce sont ceux comportant aliénation ou abandon d'un droit individuellement considéré du pécule.....	499
A. Etude de la question à un point de vue général	499
B. Le prêt <i>ex nummis peculiaribus</i>	502
C. La vente	504
D. Le paiement <i>ex peculio</i>	505
E. La réception de paiement.....	508
F. La faculté de contracter des dettes donnant lieu à l'action <i>de peculio</i>	512
Paragraphe deuxième. — Les pouvoirs du <i>subjectus</i> sur son pécule depuis l'édit de <i>peculio</i> jusqu'au milieu de l'époque classique.....	513
I. — Exactitude des vues de Pernice sur la formation à l'époque classique de la théorie de l' <i>administratio peculii</i>	514
II. — Une concession préalable de l' <i>administratio peculii</i> (outre celle qui pourrait être censée implicitement comprise dans la <i>concessio peculii</i>) n'est pas exigée par Alfenus Varus pour la validité de la vente <i>ex peculio</i> (fr. 34 D. 41-3)	515
III. — Elle n'est pas exigée non plus par ce jurisconsulte pour la validité du prêt <i>ex peculio</i> (fr. 35 D. 46-3). Cette manière de voir est encore admise par Pomponius (fr. 19 D. 46-3), non par Julien (fr. 3, § 2 D. 14-6; 32 D. 46-3).....	521
IV. — Julien, à la différence de Pomponius, suit l'ancienne doctrine relativement au paiement <i>ex peculio</i> (fr. 19 D. 46-1).....	526
V. — Proculus exigeait pour la validité du paiement <i>ex peculio</i> une autorisation préalable d'administrer (fr. 84 D. 46-3; 53 D. 12-6).....	529
VI. — Comment s'explique, à notre avis, l'évolution dont la théorie de l' <i>administratio peculii</i> a été l'objet.....	530
Chapitre deuxième. — SITUATIONS RESPECTIVES DU <i>paterfamilias</i> ET DU <i>subjectus</i> VIS-A-VIS DES DROITS RÉELS DU PÉCULE	535

Paragraphe premier. — Du droit de propriété. — Possession et usucapion des <i>res peculiares</i>	535
Section première : Du droit de propriété.....	536
I. — Après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule, l' <i>alieni juris</i> possède sur les <i>res peculiares corporales</i> un droit propre, sous réserve du droit plus complet qui appartient au <i>paterfamilias</i>	536
II. — Le <i>subjectus</i> ne possède sur son pécule aucun des droits réels connus.....	540
Section deuxième : De la possession et de l'usucapion des <i>res peculiares</i>	542
I. — La <i>possessio naturalis</i> n'est que la détention (<i>possessio corporalis</i>). Inadmissibilité des théories qui présentent l' <i>alieni juris</i> comme un <i>possessor ex jure naturali</i>	543
II. — Explication de la règle : <i>Possessionem adquiremus animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno</i>	550
III. — L'acquisition possessoire <i>per extraneam personam</i>	554
IV. — L'acquisition possessoire <i>per subjectam personam</i> . Distinction faite suivant que l' <i>alieni juris</i> détient <i>nomine patris</i> ou <i>nomine peculii</i> . Origine classique de la distinction.....	555
V. — Explications diverses successivement données par les jurisconsultes de l'acquisition possessoire <i>peculii nomine ignorante domino</i> . — Explication des anciens jurisconsultes classiques : le <i>paterfamilias</i> a un <i>animus</i> possessoire anticipé au moment de la <i>concessio peculii</i> . Explication des jurisconsultes qui ne font plus dépendre d'une concession l'existence du pécule : le <i>paterfamilias</i> acquiert par l' <i>animus</i> et le <i>corpus</i> de ses <i>subjecti</i> la possession des objets que ceux-ci appréhendent <i>nomine peculii</i> (C'est là, dès lors, une exception à la règle : <i>possessionem adquiremus animo utique nostro</i>).	563
VI. — Usucapion par le <i>paterfamilias</i> des objets détenus par ses <i>subjecti nomine peculii</i> . Les conditions de l'usucapion sont appréciées <i>ex persona servi filive</i> . La règle opposée est suivie pour l'usucapion des objets détenus <i>nomine patris</i>	569

CONCLUSION : Après la transformation des règles relatives à la constitution du pécule, les droits réels faisant partie de l'actif de ce dernier investissent à la fois le <i>paterfamilias</i> et l' <i>in potestate</i> . Le premier est propriétaire, possesseur des <i>res peculiares corporales</i> , le second quasi-propriétaire, quasi-possesseur	572
Paragraphe deuxième. — Du <i>dominium (potestas)</i> sur les esclaves du pécule.....	573
I. — Quelques-unes des manifestations du <i>quasi dominium</i> et de la <i>quasi potestas</i> de l'ordinaire sur son vicaire.....	574
II. — Le pouvoir du <i>subjectus</i> sur son <i>servus peculiaris</i>	575
III. — Responsabilité du <i>subjectus</i> du chef du <i>servus peculiaris</i> notamment en matière délictuelle	578
IV. — Pouvoir de surveillance et de coercition du <i>subjectus</i> sur le <i>servus peculiaris</i>	582
V. — Rapports familiaux entre l'ordinaire et le vicaire	583
Chapitre troisième. — LES DROITS PERSONNELS, ÉLÉMENTS	
ACTIFS OU PASSIFS DU PÉCULE.....	589
Paragraphe premier. — L'origine classique de la notion d' <i>obligatio naturalis</i>	590
I. — Origine classique ou byzantine de la division tripartite du <i>jus</i>	591
A. Intérêt de la question relativement à la date de formation de la notion d'obligation naturelle	591
B. Théories diverses des auteurs.....	592
C. La division tripartite du <i>jus</i> à l'époque byzantine	594
D. La division tripartite du <i>jus</i> à l'époque classique	597
E. Influence des doctrines philosophiques sur la formation de l'idée de droit naturel. — L'esclavage au point de vue du <i>jus naturale</i> ..	600
II. — Le <i>jus naturale</i> , domaine de l' <i>obligatio naturalis (tantum) servi filii</i> . — Significations diverses des expressions <i>obligatio civilis</i> et <i>obligatio naturalis</i>	605

III. — Inadmissibilité de la théorie selon laquelle les jurisconsultes classiques auraient distingué le <i>debitum</i> et l' <i>obligatio</i> , les obligations naturelles des esclaves et des fils étant pour eux des <i>debita sine obligatione</i> . — Sens identique à l'époque classique des mots <i>debitum</i> et <i>obligatio</i> . Les <i>obligationes naturales</i> ou <i>naturalia debita</i> ne sont qu'improprement des obligations.	609
IV. — Le § 119a du Commentaire 3 de Gaius fournit la preuve de la reconnaissance à l'époque classique d' <i>obligationes naturales</i> (directement de celles des esclaves, indirectement de celles des <i>fili</i> i).....	615
V. — Précisions sur l' <i>obligatio naturalis servi filive</i> . Elle fut reconnue seulement au cours de l'époque classique. L'existence du pécule ne conditionne pas la faculté pour le <i>subjectus</i> de s'obliger ou d'obliger naturellement.....	620
Paragraphe deuxième. — La situation du <i>subjectus</i> à l'égard des <i>nomina pecuniaria</i>	625
Section première. — Point de vue général. Le <i>subjectus</i> n'est pas créancier naturel mais quasi-créancier des débiteurs du pécule.....	626
Section deuxième. — La faculté pour le <i>filius</i> d'agir en justice comme demandeur à titre personnel..	635
I. — Le droit pour le <i>filius</i> d'intenter, dans certains cas, l'action d'injures (et l'action <i>in factum</i> contre l'affranchi du père coupable d'avoir assigné le fils sans autorisation).....	637
II. — Les autres actions. — Le fils ne pouvait pas les intenter <i>suo nomine</i> . — Interpolation du fr. 9 D. 44-7.....	647
Paragraphe troisième. — Les dettes du pécule envers les tiers.....	651
Section première. — Le fondement juridique de l'action <i>de peculio</i> . — La dette du <i>paterfamilias</i> et celle du <i>subjectus</i>	652
I. — La conception ancienne de la responsabilité adjectice du <i>paterfamilias</i> (celle du prêteur et des premiers jurisconsultes classiques). Le <i>paterfamilias</i> est tenu en raison du <i>jussus</i> qu'il est censé avoir indirectement donné par la <i>concessio peculii</i> , et c'est l'obligation du <i>paterfamilias</i> qui constitue l'élément passif du pécule	653

II. — La doctrine divergente de Proculus : abandon de l'idée de <i>jussus</i>	659
III. — La doctrine qui triomphe après la formation de la notion d'obligation naturelle. C'est la dette civile ou naturelle du <i>subjectus</i> qui constitue l'élément passif du pécule. Le <i>paterfamilias</i> est obligé indépendamment de sa volonté par le seul fait de la coexistence d'une dette <i>ex negotio</i> du <i>subjectus</i> et d'un actif de pécule	661
IV. — L'exercice successif de l'action <i>de peculio</i> , <i>aucto peculio</i> . Etude du fr. 30, § 4 D. 15-1. . . .	669
Section deuxième : L'action <i>de peculio</i> et les dettes non contractuelles de l' <i>in potestate</i>	681
I. — Les jurisconsultes ont respecté la lettre non l'esprit de l'édit qui n'accordait l'action <i>de peculio</i> que <i>ex negotio</i> ; limitation qui n'avait plus de raison d'être après la transformation du pécule en <i>quasi-patrimonium servi filii</i> et l'abandon de l'ancienne conception de l'obligation adjectice du <i>paterfamilias</i> . Non seulement les jurisconsultes interprétèrent largement le terme <i>negotium</i> , mais ils donnèrent encore l'action <i>de peculio</i> en raison d'actes ou faits délictueux lorsque ceux-ci se trouvaient liés à un <i>negotium</i>	681
II. — La <i>condictio ex causa furtiva</i> n'était pas donnée <i>de peculio</i> , mais en tant qu'action utile, <i>in id quod ad patrem pervenit</i> . — Interpolation des fr. 19 D. 13-1; 3, § 12 D. 15-1; 30 pr. D. 19-1	690
III. — Cette action pour enrichissement était donnée aussi bien en raison des vols des <i>fili</i> que de ceux des esclaves.....	713
IV. — L'action <i>rerum amotarum</i> , de même que la <i>condictio ex c. f.</i> , était donnée contre le <i>pater</i> comme action utile, <i>in id quod ad eum pervenit</i> . Interpolation des fr. 3, § 12 D. 15-1 et 3, § 4 D. 25-2	719
V. — La doctrine ingénieuse de Marcellus exposée et adoptée par Ulpien au fr. 3, § 11 D. 15-1. L'action <i>judicati nomine filii</i> peut être donnée <i>de peculio</i> même si la première action (intentée contre le <i>filius</i>) était pénale, le premier <i>judicium</i> étant considéré comme un contrat.....	728

Paragraphe quatrième. — Les créances et dette entre membres de la <i>domus</i> , en tant qu'éléments du pécule	737
I. — Les articles de déduction et d'imputation avant la formation de la notion d'obligation naturelle	738
II. — L'érection de ces articles de déduction et d'imputation en <i>debita et nomina naturalia</i> . Les conséquences de cela.....	745
CONCLUSION	755
BIBLIOGRAPHIE	763
ADDENDA	779

TABLE DES TEXTES

I. — INSCRIPTIONS

C. I. L., t. 1, n° 167, 168, p. 27, n. 45.
 C. I. L., t. 1, n° 567, p. 28 en note.
 C. I. L., t. 1, n° 573, p. 28 en note.
 C. I. L., t. 1, n° 602, p. 27, n. 45.
 C. I. L., t. 3, n° 5616, p. 584, n. 38.
 C. I. L., t. 4, n° 60, p. 27, n. 45.
 C. I. L., t. 5, n° 792, p. 27, n. 45.
 C. I. L., t. 6, n° 6397, p. 575, n. 7.
 C. I. L., t. 6, n° 8570, p. 575, n. 7.

II — TEXTES LITTÉRAIRES

Homère.
 Odyssée, 14, 633, p. 584, n. 38.
 Plaute.
 Asinaria.
 2, 4, 26, p. 67, n. 57.
 3, 1, 36-37, p. 66, n. 48.
 3, 3, 60-62, p. 67, n. 55.
 Aulularia.
 2, 4, 30-31, p. 67, n. 55.
 5, 1, 15, p. 67, n. 55.
 Bacchides.
 3, 3, 61, p. 66, n. 47.
 Captivi.
 Prol. 18-20, p. 66, n. 47.
 3, 4, 42, p. 18, n. 15.
 5, 3, 4-5 et 10-11, p. 66, n. 47.
 5, 4, 30-31, p. 66, n. 47.
 Casina.
 Prol. 68-70, p. 18, n. 17.
 2, 3, 39-40, p. 67, n. 52.
 3, 3, 36, p. 534, n. 38.
 Curculio.

5, 2, 630, p. 17, n. 9.
 Menaechmi.
 5, 7, 53-54, p. 67, n. 55.
 Mercator.
 1, 1, 95-97, p. 68, n. 58.
 1, 1, 96-97, p. 66, n. 47.
 2, 3, 17, p. 36, n. 5.
 2, 3, 119, p. 67, n. 54.
 Mostellaria.
 1, 3, 96-97, p. 66, n. 47.
 4, 1, 7-8, p. 66, n. 47.
 Persa.
 2, 2, 10-11, p. 66, n. 47; 67, n. 57.
 2, 2, 19, p. 66, n. 47.
 2, 2, 65-66, p. 67, n. 57.
 2, 4, 2, p. 582, n. 32.
 2, 4, 6; 9, p. 67, n. 57.
 4, 3, 3, p. 67, n. 55.
 4, 4, 86, p. 13, n. 1.
 Pœnulus.
 Prol. 23-24, p. 67, n. 55.
 3, 1, 16-17, p. 67, n. 55.
 Pseudolus.
 1, 2, 88, p. 67, n. 55.
 2, 4, 44, p. 67, n. 54.
 4, 4, 79, p. 67, n. 55.
 4, 6, 7, p. 67, n. 51.
 Rudens.
 1, 2, 24, p. 67, n. 51.
 4, 2, 22-25.
 5, 3, 28, p. 22, n. 28.
 Stichus.
 3, 1, 25, p. 67, n. 54.
 5, 5, 10, p. 67, n. 55.
 Trinummus.

2, 4, 162-163, p. 67, n. 55.

3, 2, 101-102, p. 67, n. 54.

Caton l'ancien

De agri cultura.

Praef., p. 50, n. 1.

143, p. 584, n. 38.

Térence

Phorm.

1, 1, 9, p. 66, n. 49.

2, 1, 292, p. 18, n. 13.

Varron.

L. Lat.

6, 24, p. 27, n. 45.

R. Rust.

1, 2, p. 65, n. 46.

1, 17, 5, p. 65, n. 46; 584, n. 37.

2, 5, 4, p. 50, n. 1.

2, 10, 6, p. 584, n. 37 et 38.

2, 10, 9, p. 584, n. 38.

Cicéron.

De domo.

27, p. 38, n. 14.

52, 133, p. 121, n. 25.

De legibus.

2, 11, p. 27, n. 45.

2, 23, p. 51 en note.

3, 8, p. 39 en note.

Philippicae.

2, 18, 45, p. 47, n. 39 et 42.

2, 40, p. 108, n. 93.

De officiis.

1, 34, 124, p. 121, n. 25.

3, 17, 69, p. 609, n. 59.

Topicae.

6, 29, p. 138, n. 54.

In Verrem.

2, 1, 36, 93, p. 67, n. 57.

2, 3, 38, 86, p. 67, n. 57.

2, 20, 35, 53, p. 108, n. 93.

Horace.

Sat. 1, 2, 16-17, p. 47, n. 42.

Tite-Live

3, 45, 2, p. 36, n. 5.

34, 2, 11, p. 36, n. 5.

39, 16, 6, p. 36, n. 5.

Valère Maxime

4, 4, 6, p. 51, n. 6 et 7.

4, 4, 8, p. 51, n. 7.

Denys d'Halicarnasse

2, 15, p. 39, en note.

2, 25, p. 38, n. 11.

2, 26-27, p. 38, n. 12 et 14.

4, 14, p. 27, n. 45.

Senèque

De beneficiis.

3, 28, p. 602, n. 33.

De clementia.

1, 18, p. 602, n. 36.

Epistolae.

47, 1, p. 602, n. 35.

47, 8, p. 602, n. 34.

80, 5, p. 66, n. 49.

Pline l'Ancien

H. N.

18 4, 4-5, p. 50, n. 1.

18, 28, 1, p. 50, n. 4.

33, 6, 10, p. 51, n. 7.

Pétrone

Satyricon, 71, p. 108.

Columelle

R. Rust., 1, 8, 5, p. 584, n. 38.

Plutarque

Rom., 22, p. 38, n. 11.

Pline le Jeune.

Ep. 8, 18, 4, p. 36, n. 5.

Aulu Gelle.

5, 19, p. 38, n. 14.

18, 6, 9, p. 36, n. 5.

Dion Cassius.

48, 34, p. 17, n. 8.

Tertullien.

De id. 16, p. 41, n. 17.

Ad uxorem, 2, 8, p. 584, n. 36.

Lactance.

Div. inst., 4, 29, p. 36, n. 5.

III. — TEXTES JURIDIQUES

Loi des XII Tables.

Table III, § 2, p. 39, n. 15.

Table V, §§ 4 et 5, p. 141, n. 59.

Institutes de Gaius.

Papyrus Oxyrhinque n° 2103, fr. 2
+ 3, p. 351, n. 3; 352, n. 8; 353, n.
10 et 11; 354, n. 14; 365, n. 15;
409, n. 3; 415, n. 21.

Manuscrit de Vérone.

Commentaire I.

- § 9, p. 13, n. 3.
- § 48, p. 8, n. 2.
- § 49, p. 8, n. 2; 9 en note.
- § 51, p. 8, n. 2.
- § 52, p. 8, n. 2; 20, n. 25.
- § 54, p. 25, n. 39.
- § 55, p. 8, n. 2; 601, n. 31; 605,
n. 49.
- § 108, p. 8, n. 2.
- § 115, p. 9 en note.
- § 116, p. 8, n. 2.
- § 134, p. 38, n. 13.
- §§ 151, 152, 153, p. 320, n. 12.

Commentaire II.

- § 9, p. 128, n. 36.
- § 13, p. 20.
- § 14, n. 93, n. 55; 97, en note; 98,
n. 63.
- § 14 a, p. 20; 97 en note.
- § 54, n. 93, n. 55; 97 en note; 98,
n. 63; 99, n. 65.
- § 57, p. 130 en note.
- § 62, p. 598, n. 23.
- § 65, p. 598, n. 23; 601, n. 31.
- § 69, p. 596, n. 19; 599 en note.
- § 73, p. 598, n. 23.
- § 86, p. 44, n. 23.
- § 87, p. 19, n. 19; 21, n. 27; 22, n.
28; 43, n. 21; 44, n. 23 et 24.
- § 89, p. 21, n. 27; 44, n. 23; 558
suiv.
- § 90, p. 553, n. 37.
- § 91, p. 23, n. 33; 30, n. 49.
- § 92, p. 23, n. 33.
- § 95, p. 32, n. 51; 552; 553, n. 38.
- § 96, p. 17, n. 10; 22, n. 28; 30, n.
49; 44, n. 25; 647 n. 50.,
- § 157, p. 41, n. 18; 45, n. 29.

- § 158, p. 45, n. 31.
- § 244, p. 33, n. 54; 44, n. 28.
- § 246, p. 93, n. 56.
- § 259, p. 93, n. 56.

Commentaire III.

- § 81, p. 107, n. 90.
- § 84, p. 302, n. 12.
- § 93, p. 601, n. 31.
- § 104, p. 19, n. 22; 33, n. 54; 44,
n. 28; 46, n. 34.
- § 118, p. 616 et suiv.; 625.
- § 119, p. 616 et suiv.; 625.
- § 119 a, p. 152, n. 12; 608 en note;
611 en note; 616 et suiv.; 621;
625, n. 96; 745, n. 19.
- § 144, p. 45, n. 32.
- § 157, p. 41, n. 18.
- § 163, p. 22 en note.
- § 166, p. 22, n. 28.
- § 167, p. 22, n. 28; 23, n. 33.
- § 199, p. 38, n. 13.
- § 201, p. 129, n. 37; 130 en note.
- § 221, p. 638, n. 20.
- § 222, p. 637, n. 18.

Commentaire IV.

- § 4, p. 713, n. 138; 714, n. 140.
- § 17, p. 87, n. 41.
- § 34, p. 107, n. 90.
- § 51, p. 715 en note.
- § 72, p. 353, n. 10 et 11; 351, n. 3;
415, n. 21.
- § 73, p. 611 et suiv.
- § 74, p. 180, n. 11; 327, n. 65; 329
et suiv.; 355, n. 18.
- § 75, p. 33, n. 54.
- § 78, p. 44, n. 28; 152, n. 12; 611
et suiv.
- § 82, p. 647, n. 50.

Manuscrit d'Autun.

§§ 61-63, p. 93, n. 56.

Sentences de Paul.

- 1, 13 a, § 2, p. 577, n. 15.
- 2, 19, § 6, p. 18, n. 18.

2, 21 a, § 5 p. 583, n. 34.
 2, 31, § 8, p. 731.
 2, 31, § 9, p. 730-731.
 2, 31, § 11, p. 130 en note.
 4, 10, § 2, p. 18, n. 15.
 5, 2, § 1, p. 543, n. 16.
 5, 2, § 2, p. 553, n. 38; 554, n. 41.
 5, 16, § 2, p. 18, n. 13.

Ulpien.

Règles.

2, § 4, p. 65, n. 46.
 6, §§ 14-17, p. 109, n. 97.
 19, § 1, p. 20, n. 24.
 19, § 18, p. 22, n. 28; 44, n. 23 et 24.
 19, § 19, p. 43, n. 21; 44, n. 23.
 20, § 16, p. 494, n. 2.
 22, § 5, p. 121, n. 24.

Fragments des Disputationes.

Livre 2 (B, I, a) p. 408; 411 et suiv.; 431.

Fr. de jure fiscali.

6 a, p. 494, n. 2.

Fr. dit de Dosithée.

§ 1, p. 595, n. 17; 598, n. 23.
 § 5, p. 22, n. 28.
 § 7, p. 577, n. 12.

Fr. du Vatican.

51, p. 21, n. 27; 22, n. 28; 44, n. 25.
 55, p. 132, n. 45; 133.
 56, p. 21, n. 27.
 57, p. 21, n. 27.
 39, p. 22, n. 28.
 258, p. 547, n. 27.
 260, p. 633, n. 10.
 261, p. 205, n. 4.

Mosaïcarum et romanarum legum collatio.

4, 8, p. 38, n. 12 et 14.
 16, 3, § 6, p. 41, n. 18.

Frs. du Sinaï.

8 et 9, p. 109, n. 97.
 18, p. 47; 647, n. 50.

Code Théodosien.

8, 12, 2 (1), p. 558, n. 50.
 2, 25, 1, p. 584, n. 42.

Edit de Théodoric.

§§ 109 et 118, p. 703, n. 116.

Justinien.

Institutes.

Livre 1.

1, § 4 (2), p. 595, n. 15; 599, n. 24.
 2, pr., p. 597, n. 20.
 2, § 1, p. 595, n. 14.
 2, § 2, p. 595, n. 16.
 2, § 11, p. 594, n. 13.
 9, § 2, p. 605, n. 49.

Livre 2.

1, § 4, p. 599, n. 26.
 1, § 11, p. 594; 596, n. 18.
 1, § 17, p. 596, n. 19; 598, n. 23.
 1, § 41, p. 594; 596, n. 18.
 9, § 3, p. 23, n. 32.
 9, § 5, p. 554, n. 41.
 10, § 57, p. 17, n. 8.
 12, pr. p. 493, n. 1.
 14, § 2, p. 16 en note; 125, n. 34; 126 en note.
 17, pr., p. 125, n. 34.
 18, § 2, p. 41, n. 18.
 20, § 18, p. 80, n. 14 et 18; 81, n. 20; 82, n. 24.
 20, § 20, p. 168, n. 51; 171, n. 56; 205, n. 3 et 4; 222, n. 48; 255, n. 54; 258, n. 61.

(1) Lisez : livre 8, titre 12, constitution 2.

(2) Lisez : titre 1, § 4.

Livre 3.

- 17, pr. p. 16 en note; 22, n. 28; 33, n. 53.
19, § 1, p. 43, n. 21.
19, § 4, p. 33, n. 54; 43, n. 21.
19, § 6, p. 19, n. 22.
19, § 13, p. 33, n. 54; 43, n. 21.

Livre 4.

- 1, § 9, p. 38, n. 13.
5, § 2, p. 692, n. 83.
7, § 4, p. 331, n. 70.
7, § 5, p. 181 en note; 330 et suiv.
7, § 6, p. 290, n. 1 et 2.
8, § 7, p. 732, n. 166.

Digeste.

- 1, 1, 1, § 2 (1), p. 599.
1, 1, 1, § 3, p. 595, n. 15; 597, n. 20.
1, 1, 1, § 4, p. 597, n. 20.
1, 1, 4, p. 36, n. 5; 602, n. 37; 604, n. 42.
1, 1, 6, pr. p. 599-600.
1, 1, 11, p. 598, n. 21.
1, 5, 4, pr. p. 604, n. 43.
1, 6, 151, p. 20, n. 25.
1, 8, 1, p. 128 en note.
1, 8, 6, § 1, p. 118, n. 16.
1, 14, 3, p. 17, n. 8.
2, 4, 10, § 4, p. 117, n. 15.
2, 4, 12, p. 646, n. 49.
2, 8, 15, § 1, p. 542, n. 13.
2, 13, 4, § 2, p. 248, n. 35.
2, 13, 4, § 3, p. 684.
2, 13, 9, § 1, p. 139 en note.
2, 14, 12, p. 646, n. 49.
2, 14, 17, § 7, p. 22 en note.
2, 14, 27, § 10, p. 133.
2, 14, 28, § 2, p. 488 en note; 499, n. 13; 501, n. 17.
2, 14, 30, p. 501, n. 17; 639, n. 26; 645, n. 41.
3, 3, 8, pr., p. 640, n. 29; 641, n. 32.

- 3, 3, 39, § 4, p. 644, n. 40.
3, 3, 63, p. 490, n. 7.
3, 4, 1, § 1, p. 117, n. 12.
3, 4, 7, § 1, p. 118, n. 17.
3, 4, 7, § 2, p. 117 en note.
3, 4, 14, p. 121, n. 26.
3, 5, 3, pr. p. 132, n. 32.
3, 5, 5, § 8, p. 194, n. 14; 195, n. 21 et 22; 197.
3, 5, 7 (8), § 3, p. 238, n. 14.
3, 5, 17, p. 210, n. 22 et 27; 659, n. 18.
3, 5, 18, § 5, p. 98, n. 62.
3, 5, 31, § 1, p. 137, n. 53.
4, 3, 9, § 4, p. 685.
4, 3, 20, pr. p. 194, n. 14; 199; 200; 621 et suiv.
4, 4, 3, § 4, p. 486, n. 3.
4, 4, 24, § 3, p. 685, n. 65.
4, 5, 3, § 1, p. 13, n. 1; 16 en note.
4, 5, 9, § 1, p. 121, n. 25.
4, 6, 23, § 3, p. 569, n. 72.
4, 9, 3, § 3, p. 682, n. 56.
4, 9, 7, § 4, p. 687, n. 71.
4, 9, 7, § 6, p. 689.
5, 1, 11, p. 302, n. 13.
5, 1, 15, pr. p. 682, n. 56.
5, 1, 18, § 1, p. 648.
5, 1, 50, § 1, p. 107, n. 91.
5, 1, 57, p. 717; 734 et suiv.
5, 1, 76, p. 80, n. 18; 82, n. 24; 117, n. 14; 118, n. 19; 119 et suiv.
5, 2, 8, p. 647, n. 50.
5, 2, 22, pr., § 3, p. 647, n. 50.
5, 3, 13, § 12, p. 554, n. 41.
5, 3, 20, § 10, p. 98, n. 62.
5, 3, 50, pr. p. 99, n. 66.
6, 1, 1, pr. p. 98, n. 62.
6, 1, 1, § 2, p. 38, n. 13.
6, 1, 1, § 3, p. 81, n. 22; 83.
6, 1, 2, p. 81, n. 22.
6, 1, 3, pr. p. 81, n. 22.
6, 1, 23, § 5, p. 80, n. 14; 121, n. 13.
6, 1, 41, § 1, p. 488 en note; 506,

(1) Lisez : livre 1, titre 1, fragment 1, § 2.

- n. 29.
6, 1, 56, p. 207; 222, n. 50.
6, 2, 10, p. 570 en note.
6, 2, 9, § 6, p. 567 en note; 570 en note.
6, 2, 15, p. 551, n. 34.
7, 1, 6, § 2, p. 21, n. 27.
7, 1, 12, § 5, p. 541, n. 10.
7, 1, 25, p. 33, n. 54.
7, 1, 25, § 1, p. 508, n. 36.
7, 1, 25, §§ 3 et 5, p. 444, n. 83.
7, 1, 68, § 2, p. 83, n. 29.
7, 1, 69, pr. p. 83, n. 29.
7, 1, 70, pr. p. 83, n. 29.
7, 1, 70, § 3, p. 80.
7, 4, 31, p. 82, n. 25; 83, n. 29.
7, 8, 12, § 5, p. 21, n. 27.
7, 8, 17, p. 21, n. 27.
7, 9, 12, p. 713, n. 137.
8, 4, 13, pr. p. 138, n. 55.
9, 1, 1, § 3, p. 597, n. 20.
9, 2, 13, § 2, p. 127 en note; 135, n. 48.
9, 2, 43, p. 135, n. 48; 136, n. 50.
9, 3, 1, pr., p. 693 en note.
9, 3, 1, § 7, p. 733, n. 167.
9, 3, 1, § 8, p. 682, n. 54; 692, n. 82 et 83; 693 en note.
9, 4, 19, § 2, p. 581-582; 583, n. 33; 686-688.
9, 4, 35, p. 717; 734 suiv.
10, 2, 18, § 5, p. 182, n. 15.
10, 2, 20 § 7, p. 164, n. 43.
10, 2, 35, p. 547, n. 27; 549, n. 30.
10, 2, 39, § 4, p. 205, n. 4.
10, 3, 7, § 11, p. 547, n. 27.
10, 3, 8, § 4, p. 378, n. 10; 380, n. 12; 396.
10, 3, 9, p. 381, n. 14; 384, n. 24; 397.
10, 3, 15, p. 381, n. 14; 379 en note; 397, n. 46.
10, 3, 25, p. 378, n. 10; 384, n. 24; 398-399.
10, 4, 7, § 3, p. 569, n. 72.
11, 1, 15, pr., p. 127; 128 en note.
11, 5, 4, § 1, p. 682, n. 54 et 56; 692, n. 82.
11, 6, 3, § 6, p. 692, n. 82.
11, 7, 1, p. 137, n. 53.
11, 7, 2, pr., p. 28 en note.
11, 7, 12, § 2, p. 123, n. 32.
12, 1, 2, § 4, p. 490, n. 10; 503.
12, 1, 9, § 9, p. 543, n. 15.
12, 1, 11, § 2, p. 340, n. 6; 488 en note; 495, n. 4; 502; 524, n. 21; 714, n. 140.
12, 1, 12, p. 332.
12, 1, 13, § 2, p. 488 en note.
12, 1, 31, § 1, p. 528, n. 25.
12, 1, 41, p. 515, n. 3.
12, 2, 20, p. 488 en note; 501, n. 18; 509, n. 38.
12, 2, 21, p. 501, n. 16; 509.
12, 2, 22, p. 682, n. 56.
12, 2, 26, § 1, p. 676.
12, 4, 15, p. 715 en note.
12, 6, 5, § 2, p. 664, n. 32.
12, 6, 6, § 2, p. 555 en note.
12, 6, 11, p. 658, n. 15; 664, n. 32.
12, 6, 13, pr., p. 488 en note; 491, n. 11; 500 n. 14; 505.
12, 6, 26, § 8, p. 511, n. 41; 628.
12, 6, 38, p. 620; 754.
12, 6, 38, pr., p. 61, n. 37; 176 et suiv.; 181; 182, n. 15; 611 en note; 627; 715, n. 32.
12, 6, 38, § 1, p. 176 et suiv.; 611 en note; 748, n. 25.
12, 6, 38, § 2, p. 174; 611 en note; 748, n. 25.
12, 6, 41, p. 162, n. 41; 515, n. 3.
12, 6, 53, p. 529; 715 en note.
12, 6, 64, p. 603, n. 39; 604, n. 41; 606; 625, n. 96; 626, n. 1; 745, n. 21.
13, 1, 4, p. 698 et suiv.; 715 et suiv.; 720, n. 149; 734, n. 171.
13, 1, 5, p. 714, n. 140.
13, 1, 6, p. 713, n. 137.
13, 1, 15, p. 698, n. 99.

- 13, 1, 19, p. 693-694.
13, 5, 1, § 8, p. 658, n. 15; 663, n. 29; 666.
13, 5, 11, p. 136, n. 51.
13, 5, 19, § 2, p. 666, n. 39.
13, 5, 20, p. 666, n. 39.
13, 6, 3, § 5, p. 685, n. 64.
13, 7, 11, § 1, p. 610, n. 63.
13, 7, 8, § 3, p. 600, n. 29.
13, 7, 18, § 4, p. 488 en note; 500, n. 14; 505, n. 28.
13, 7, 19, p. 500, n. 14; 505, n. 30.
13, 7, 22, § 2, p. 714, n. 140.
14, 1, 1, § 22, p. 361, n. 10 et 11.
14, 1, 1, § 25, p. 385, n. 27.
14, 1, 2, p. 385, n. 27; 386 en note; 387 en note.
14, 1, 7, § 2, p. 57, n. 22.
14, 2, 5, § 1, p. 58, n. 26.
14, 3, 7, § 1, p. 662 en note.
14, 3, 7, § 2, p. 661, n. 23.
14, 3, 12, p. 320, n. 51; 361, n. 9.
14, 3, 13, § 2, p. 385, n. 27; 387.
14, 3, 14, p. 382, n. 19.
14, 3, 17, § 4, p. 235 et suiv.; 284; 332.
14, 3, 17, § 5, p. 237.
14, 4, 1, pr., p. 183, n. 21; 351, n. 3; 353, n. 11.
14, 4, 1, § 1, p. 349.
14, 4, 1, § 2, p. 195-197; 351, n. 3.
14, 4, 1, § 4, p. 9 en note.
14, 4, 3, pr., p. 351, n. 3; 386 en note.
14, 4, 3, §§ 1 et 2, p. 351, n. 3.
14, 4, 4, p. 351, n. 3.
14, 4, 5, pr., p. 351, n. 3.
14, 4, 5, § 1, p. 351, n. 3; 364 et suiv.
14, 4, 5, § 2, p. 662 en note.
14, 4, 5, § 6, p. 353, n. 10.
14, 4, 5, § 7, p. 183, n. 21; 186, n. 27; 353, n. 9 et 10.
14, 4, 5, § 9, p. 361, n. 10.
14, 4, 5, § 11, p. 352, n. 5 et 8; 355, n. 15.
14, 4, 5, § 12, p. 352, n. 8.
14, 4, 5, § 13, p. 352, n. 6 et 8; 355, n. 15.
14, 4, 5, § 16, p. 350, n. 2.
14, 4, 5, § 18, p. 352, n. 4.
14, 4, 5, § 19, p. 353, n. 11.
14, 4, 6, p. 179, n. 7; 353, n. 11; 354, n. 12.
14, 4, 7, p. 353, n. 11.
14, 4, 7, §§ 1 et 2, p. 354, n. 14.
14, 4, 9, § 1, p. 355, n. 18.
14, 4, 9, § 2, p. 216, n. 38; 219 en note; 355, n. 16.
14, 4, 11, p. 355, n. 17 et 18.
14, 4, 12, p. 354, n. 14; 355, n. 18.
14, 5, 1, p. 327, n. 65.
14, 5, 5, pr., p. 508, n. 36.
14, 6, 3, § 12, p. 488 en note; 491, n. 11; 498, n. 10; 502, n. 22; 526; 528, n. 25.
15, 1, 1, § 1, p. 57, n. 23; 655, n. 7.
15, 1, 1, § 3, p. 290, n. 1 et 2; 662, en note.
15, 1, 1, § 4, p. 290, n. 2; 662 en note.
15, 1, 2, p. 417 et suiv.; 424, n. 40; 450, n. 89.
15, 1, 3, pr., § 1, p. 123, n. 31; 130, n. 38; 137, n. 52.
15, 1, 3, § 3, p. 265, n. 2; 268, n. 8; 274 et suiv.; 294.
15, 1, 3, § 4, p. 265, n. 2; 274 et suiv.; 294; 340, n. 2; 341, n. 9; 540, n. 7.
15, 1, 3, § 5, p. 496, n. 8; 663, n. 28; 748, n. 26.
15, 1, 3, § 6, p. 663, n. 28; 748, n. 26.
15, 1, 3, § 7, p. 496, n. 8; 663, n. 28.
15, 1, 3, § 8, p. 663, n. 28.
15, 1, 3, § 9, p. 496, n. 8; 663, n. 28; 748, n. 26.
15, 1, 3, § 11, p. 508, n. 36; 696, n. 92; 716 et suiv.; 726; 729 et suiv.
15, 1, 3, § 12, p. 693 et suiv.; 707; 714, n. 140; 715 et suiv.; 719 et suiv.; 724, n. 154; 727-728; 730.

- 15, 1, 3, § 13, p. 682, n. 56.
15, 1, 4, p. 252 et suiv.
15, 1, 4, pr., p. 174; 188, n. 3; 190, n. 3; 248, n. 35; 249, n. 41; 252; 265, n. 2; 340, n. 2.
15, 1, 4, § 1, p. 168; 248, n. 36; 249, n. 41; 252, n. 47.
15, 1, 4, § 2, p. 252; 265, n. 2; 705, n. 119.
15, 1, 4, § 3, p. 178, n. 4; 190, n. 4; 195, n. 20; 706, n. 122.
15, 1, 4, § 5, p. 184, n. 24; 194, n. 15; 743, n. 14.
15, 1, 4, § 6, p. 188, n. 3; 248, n. 35; 249, n. 41; 357, n. 3; 682, n. 30.
15, 1, 5, pr., p. 191, n. 5.
15, 1, 5, § 3, p. 59; 60; 65, n. 46; 102, n. 78; 147, n. 3.
15, 1, 5, § 4, p. 58 et suiv.; 109, n. 96; 153, n. 18; 183, n. 18; 188, n. 2; 233 et suiv.; 248, n. 35; 357, n. 3; 738, n. 1.
15, 1, 6, p. 58, n. 29; 234, n. 43; 243 et suiv.; 251, n. 45; 263, n. 73; 357, n. 3; 582, n. 30.
15, 1, 7, p. 59.
15, 1, 7, pr., p. 58, n. 29; 60; 265; 234, n. 3.
15, 1, 7, § 1, p. 60; 234; 251, n. 45; 265 et suiv.; 280 et suiv.; 294; 340, n. 2; 395, n. 44; 488 en note; 490, n. 9; 540, n. 7; 567, n. 65.
15, 1, 7, § 2, p. 60; 276 et suiv.
15, 1, 7, § 3, p. 60; 272 et suiv.; 290-292; 294.
15, 1, 7, § 4, p. 60; 147, n. 2 et 4; 148.
15, 1, 7, § 5, p. 60; 147, n. 2; 148; 150; 192, n. 8; 255, n. 56; 257, n. 59.
15, 1, 7, § 6, p. 60; 147, n. 2; 148; 160, n. 38; 174; 340, n. 2; 742, n. 12; 752, n. 33.
15, 1, 7, § 7, p. 60.
15, 1, 8, p. 184, n. 24; 248, n. 36; 249; 265, n. 2; 269, n. 9; 340.
15, 1, 9, p. 59.
15, 1, 9, pr., p. 192, n. 9; 740, n. 7.
15, 1, 9, § 1, p. 60; 163; 174; 192, n. 9; 741, n. 8.
15, 1, 9, § 2, p. 59; 60; 183, n. 17 et 23; 184, n. 24.
15, 1, 9, § 3, p. 58, n. 30; 59; 61, n. 37; 109, n. 96; 153, n. 17; 183, n. 17; 184, n. 24; 613, n. 70; 627, n. 2; 739, n. 2 et 4; 751, n. 31.
15, 1, 9, § 4, p. 183, n. 22; 190, n. 4; 195, n. 20.
15, 1, 9, § 6, p. 178, n. 4 et 5; 704, n. 117; 741, n. 9.
15, 1, 9, § 8, p. 159, n. 36; 173, n. 4; 750, n. 29.
15, 1, 10, p. 179, n. 7; 354, n. 12.
15, 1, 11, p. 59; 178, n. 4.
15, 1, 11, § 2, p. 746 et suiv.
15, 1, 11, § 3, p. 194, n. 17; 743, n. 14.
15, 1, 11, §§ 4 et 5, p. 194, n. 17; 195, n. 19; 743, n. 14.
15, 1, 11, § 6, p. 467.
15, 1, 11, § 7, p. 195, n. 20; 213, n. 29; 214; 478, n. 36 et 37; 743, n. 16.
15, 1, 11, § 8, p. 442, n. 81; 463 et suiv.; 478, n. 35; 745, n. 24.
15, 1, 11, § 9, p. 378, n. 10; 379, n. 11; 384, n. 24; 392; 402; 460.
15, 1, 12, p. 384, n. 24; 395; 402 et suiv.
15, 1, 13, p. 59; 379, n. 11; 384, n. 24; 392; 460.
15, 1, 14, p. 382, n. 17 et 18.
15, 1, 14, pr., p. 432; 433 et suiv.; 476.
15, 1, 14, § 1, p. 183, n. 19; 432; 433 et suiv.
15, 1, 15, p. 59; 375; 378, n. 10; 379, n. 11; 392 et suiv.
15, 1, 16, p. 267, n. 7; 340, n. 2; 375 et suiv.; 384, n. 25; 395, n. 44; 399, n. 50.

- 15, 1, 17, p. 58, n. 30; 59; 153, n. 17; 155; 174; 244, n. 32; 358, n. 5; 359, n. 7; 370, n. 24 et 25; 739, n. 2 et 3; 742, n. 11.
- 15, 1, 18, p. 359, n. 7.
- 15, 1, 19, p. 59.
- 15, 1, 19, pr., p. 361, n. 9; 370 en note.
- 15, 1, 19, § 1, p. 102, n. 78; 147, n. 3; 390; 410, n. 6; 417; 419, n. 30; 420 et suiv.; 448 et suiv.
- 15, 1, 20, p. 383, n. 21.
- 15, 1, 21, pr., p. 340, n. 3.
- 15, 1, 22, p. 147, n. 4.
- 15, 1, 23, p. 147, n. 4; 579.
- 15, 1, 24, p. 488 en note; 495, n. 5.
- 15, 1, 25, p. 169 en note; 243 et suiv.; 286.
- 15, 1, 27, pr., p. 290, n. 1 et 2; 662 en note.
- 15, 1, 27, § 1, p. 745, n. 20.
- 15, 1, 27, § 2, p. 214; 299; 457, n. 2 et 3; 462; 468; 654, n. 5; 662, n. 24.
- 15, 1, 27, § 3, p. 214; 378, n. 10; 458 et suiv.; 475; 662, n. 24.
- 15, 1, 27, §§ 4 et 5, p. 478, n. 36.
- 15, 1, 27, § 6, p. 466; 478, n. 35; 745, n. 20.
- 15, 1, 27, § 7, p. 478, n. 36.
- 15, 1, 27, § 8, p. 375, n. 3; 378, n. 10; 380, n. 12; 384, n. 24; 386-387; 392 et suiv.
- 15, 1, 28, p. 378, n. 10; 380, n. 13.
- 15, 1, 29, pr., p. 238, n. 5; 382, n. 17; 383, n. 20.
- 15, 1, 29, § 1, p. 238, n. 15; 342, n. 10; 512.
- 15, 1, 30, pr., p. 194, n. 14; 195, n. 21; 200; 667, n. 41; 668, n. 42.
- 15, 1, 30, § 1, p. 382, n. 17, 18 et 19.
- 15, 1, 30, § 2, p. 182, n. 15.
- 15, 1, 30, § 4, p. 665, n. 33; 670 et suiv.
- 15, 1, 30, § 5, p. 410, n. 6; 415; 469.
- 15, 1, 32, pr., p. 102, n. 78; 370 en note; 382, n. 17 et 18; 390; 408; 410, n. 6; 411 et suiv.; 434 et suiv.; 476; 677; 679.
- 15, 1, 32, § 2, p. 212-213.
- 15, 1, 33, p. 211, n. 26; 213; 662, n. 24.
- 15, 1, 34, p. 214, n. 31.
- 15, 1, 35, p. 215; 662, n. 24.
- 15, 1, 37, p. 417.
- 15, 1, 37, § 1, p. 528, n. 25.
- 15, 1, 37, § 2, p. 296-297; 375, n. 3; 378, n. 10; 380, n. 12; 385 en note; 403, n. 55; 457, n. 2; 459 et suiv.; 654, n. 5; 663, n. 26.
- 15, 1, 37, § 3, p. 442, n. 81; 466, n. 15; 477, n. 34; 706; n. 124; 745, n. 20.
- 15, 1, 39, p. 102, n. 78; 147, n. 3; 259 et suiv.; 278, n. 18.
- 15, 1, 40, pr., p. 169 en note; 190, n. 1.
- 15, 1, 40, § 1, p. 169 en note; 190, n. 2; 234-235; 243 et suiv.; 286 et suiv.; 294; 329; 340, n. 2.
- 15, 1, 41, p. 592, n. 6; 608, n. 58; 614 et suiv.
- 15, 1, 42, p. 300 et suiv.
- 15, 1, 44, p. 181, n. 14; 663, n. 29.
- 15, 1, 45, p. 340, n. 2.
- 15, 1, 46, p. 488 en note; 495, n. 3.
- 15, 1, 47, pr., p. 238, n. 15; 342, n. 10; 512.
- 15, 1, 47, § 2, p. 658, n. 15; 665-666; 672, n. 53; 675.
- 15, 1, 47, § 3, p. 299, n. 7; 410; 415; 432, n. 60; 470 et suiv.; 659.
- 15, 1, 47, § 4, p. 466; 468, n. 19; 745, n. 20.
- 15, 1, 47, § 5, p. 477, n. 34.
- 15, 1, 47, § 6, p. 102 n. 78; 147, n. 3; 390; 456, n. 1.
- 15, 1, 48, p. 340, n. 6 et 7.
- 15, 1, 48, pr., p. 488 en note; 495, n. 4; 502, n. 22.

- 15, 1, 48, § 1, p. 488 en note; 501, n. 16.
 15, 1, 49, pr., p. 276 et suiv.
 15, 1, 49, § 1, p. 178, n. 4.
 15, 1, 49, § 2, p. 168; 178, n. 3 et 4; 188, n. 4; 248, n. 36; 739; 746 et suiv.
 15, 1, 50, pr., p. 194, n. 14; 195, n. 21.
 15, 1, 50, § 1, p. 666, n. 39.
 15, 1, 50, § 2, p. 669-670.
 15, 1, 50, § 3, p. 425 et suiv.
 15, 1, 51, p. 375, n. 3; 378, n. 10; 380, n. 12; 381, n. 14.
 15, 1, 52, pr., p. 179, n. 7; 305, n. 19; 354, n. 12.
 15, 1, 53, p. 205, n. 4 et 5; 206, n. 7.
 15, 1, 54, p. 283, n. 20.
 15, 1, 56, p. 178, n. 4; 257 en note.
 15, 1, 57, §§ 1 et 2, p. 222, n. 48; 254, n. 51; 255, n. 53.
 15, 1, 58, p. 283, n. 20.
 15, 2, 1, pr., p. 210-211.
 15, 2, 1, §§ 5 et 6, p. 218, n. 40.
 15, 2, 1, § 7, p. 210, n. 23; 215 et suiv.; 457 en note; 657, n. 14.
 15, 2, 1, § 8, p. 180.
 15, 2, 1, § 10, p. 327, n. 63.
 15, 2, 2, pr., p. 683, n. 57.
 15, 2, 3, p. 190, n. 2; 191, n. 7; 437, n. 72; 541, n. 10.
 15, 3, 1, pr., p. 194, n. 14; 195, n. 21; 655, n. 8.
 15, 3, 1, § 1, p. 326, n. 61; 327, n. 65; 340, n. 2 et 3.
 15, 3, 1, § 2, p. 325, n. 59; 327, n. 65.
 15, 3, 2, p. 317 et suiv.
 15, 3, 3, pr., p. 317 et suiv.; 428, n. 50.
 15, 3, 3, § 2, p. 150, n. 9; 311 et suiv.; 321.
 15, 3, 3, § 4, p. 312; 313; 321, n. 52.
 15, 3, 3, § 5, p. 149; 248, n. 35; 340, n. 2.
 15, 3, 3, §§ 7, 8 et 10, p. 322 en note.
 15, 3, 4, p. 179, n. 7; 322 en note.
 15, 3, 5, § 3, p. 150, n. 9; 312; 313; 315; 316; 321, n. 52; 340, n. 2.
 15, 3, 6, p. 150, n. 9; 234, n. 3.
 15, 3, 7, pr., p. 189, n. 8; 234, n. 3; 314 et suiv.
 15, 3, 7, § 1, p. 314 et suiv.
 15, 3, 7, § 2, p. 63, n. 43; 258.
 15, 3, 7, § 4, p. 150, n. 9.
 15, 3, 10, § 6, p. 325, n. 60.
 15, 3, 10, § 7, p. 159, n. 36; 322, n. 55; 325, n. 60; 750, n. 29.
 15, 3, 10, § 8, p. 159, n. 36; 322, n. 55; 325, n. 60; 328 en note; 750, n. 29; 751, n. 30.
 15, 3, 10, § 9, p. 159, n. 36 et 37; 322, n. 55; 325, n. 60; 328 en note; 750, n. 29; 751, n. 30.
 15, 3, 16, p. 63, n. 41.
 15, 3, 17, pr., p. 312-313; 321, n. 52 et 54.
 15, 3, 17, § 1, p. 361, n. 9, 10 et 11; 362 et suiv.; 368-369; 370, n. 25.
 15, 3, 19, p. 164, n. 43; 327, n. 63; 340, n. 3.
 15, 3, 20, pr. et 21, p. 332 et suiv.
 15, 4, 5, § 1, p. 386 en note.
 16, 3, 1, § 29, p. 135 en note.
 16, 3, 11, p. 511, n. 41; 515, n. 3.
 16, 3, 19, p. 650-651.
 17, 1, 54, p. 248, n. 50.
 18, 1, 2, pr., p. 44, n. 28.
 18, 1, 29, p. 205, n. 4; 703; 712.
 18, 1, 31, p. 191, n. 7.
 18, 1, 35, §§ 5 et 6, p. 220, n. 41.
 18, 2, 14, § 3, p. 33, n. 54.
 19, 1, 24, pr., p. 508, n. 36.
 19, 1, 30, pr., p. 178, n. 4; 478, n. 37; 693; 703 et suiv.; 743, n. 16.
 19, 2, 60, § 7, p. 258.
 20, 1, 5, pr., p. 607, n. 57.
 20, 1, 13, pr., p. 83, n. 30.

- 20, 1, 32, p. 574, n. 3; 584, n. 38.
 20, 1, 34, p. 83, n. 30; 86.
 20, 3, 1, § 1, p. 488 en note; 497, n. 9; 498, n. 11; 500, n. 14.
 20, 6, 8, § 5, p. 302, n. 13; 488 en note; 495, n. 6; 496, n. 8; 499, n. 12.
 21, 1, 5, p. 220, n. 41.
 21, 1, 17, §§ 3 et 4, p. 575, n. 7.
 21, 1, 17, § 10, p. 20, n. 23.
 21, 1, 17, § 11, p. 575, n. 7.
 21, 1, 19, § 5, p. 94, n. 58.
 21, 1, 23, § 4, p. 683, n. 57.
 21, 1, 34, pr., p. 221, n. 42 et 43.
 21, 1, 35, p. 584, n. 41.
 21, 1, 45, p. 683, n. 57.
 21, 1, 57, § 1, p. 683, n. 57.
 21, 2, 3, p. 205, n. 4.
 21, 2, 5, p. 220, n. 41.
 21, 3, 3, § 1, p. 94, n. 58.
 22, 1, 38, § 10, p. 547, n. 27; 549, n. 30.
 22, 1, 39, p. 81, n. 20.
 22, 2, 9, p. 131, n. 39.
 22, 3, 24, p. 488 en note.
 22, 5, 7, p. 18, n. 13.
 23, 3, 6, p. 724, n. 155.
 23, 3, 24, p. 488 en note; 491, n. 11; 501, n. 19; 510; 523, n. 20.
 23, 3, 39, pr., p. 205, n. 4.
 23, 3, 46, pr., p. 23, n. 32.
 23, 3, 72, pr., p. 105, n. 84; 107, n. 91.
 24, 3, 22, § 12, p. 255, n. 55; 257, n. 60.
 24, 3, 25, p. 192, n. 10.
 24, 3, 53, p. 658.
 25, 2, 1, p. 727, n. 59.
 25, 2, 3, § 4, p. 720, n. 144; 721 et suiv.
 25, 2, 5, p. 720, n. 145; 723, n. 153.
 25, 2, 6, § 2, p. 721, n. 151.
 26, 7, 11, p. 183, n. 20; 305, n. 19.
 27, 8, 1, § 7, p. 682, n. 56.
 28, 1, 6, pr., p. 493, n. 1.
 28, 1, 20, § 7, p. 18, n. 13 et 14.
 28, 2, 11, p. 41, n. 18; 45, n. 30.
 28, 5, 9, § 12, p. 139 en note.
 28, 5, 31, pr., p. 33, n. 53.
 28, 5, 31, § 1, p. 128 en note.
 28, 5, 40, § 1, p. 44, n. 27.
 28, 5, 64 (65), p. 123, n. 31; 129 en note.
 28, 8, 1, pr., p. 13, n. 1; p. 16 en note.
 29, 2, 6, pr., p. 43, n. 21.
 29, 2, 37, p. 94, n. 58.
 29, 2, 54, p. 133.
 29, 2, 79, p. 43, n. 21.
 29, 5, 35, p. 205, n. 6.
 30, 12, § 2, p. 33, n. 53.
 30, 21, p. 81, n. 20.
 30, 22, p. 82, n. 25.
 30, 52, pr., p. 278, n. 18.
 30, 86, § 2, p. 134.
 31, 2 et 6, p. 221, n. 45; 222, n. 47.
 31, 55, § 1, p. 132, n. 46.
 31, 80, p. 126, n. 35.
 31, 82, § 2, p. 33, n. 53; 538, n. 3 et 4.
 32, 17, § 1, p. 21, n. 27.
 32, 41, §§ 2 et 5, p. 584, n. 41.
 32, 73, § 5, p. 574, n. 2.
 33, 2, 43, p. 107, n. 91.
 33, 3, 2, p. 21, n. 27.
 33, 3, 5, p. 33, n. 53; 538, n. 3.
 33, 4, 1, § 10, p. 215, n. 34; 219 en note; 662, n. 24.
 33, 4, 104, p. 98, n. 62.
 33, 7, 1, § 1, p. 85, n. 36.
 33, 7, 12, § 3, p. 63, n. 41.
 33, 7, 12, §§ 7 et 33, p. 584, n. 41.
 33, 7, 12, § 44, p. 574, n. 3.
 33, 7, 15, pr., p. 86 en note.
 33, 7, 19, pr., p. 86 en note.
 33, 7, 19, § 1, p. 63, n. 42.
 33, 7, 20, § 1, p. 63, n. 41.
 33, 7, 27, § 1, p. 584, n. 41.
 33, 7, 28, p. 85, n. 36.
 33, 8, 5, p. 161, n. 38; 206, n. 7 et 9.
 33, 8, 6, pr., p. 147, n. 4; 208, n. 14; 222, n. 50; 743, n. 17.

- 33, 8, 6, § 1, p. 222, n. 50; 744, n. 18.
 33, 8, 6, § 3, p. 357, n. 3; 369, n. 22.
 33, 8, 6, § 4, p. 159, n. 36; 165 et suiv.; 248, n. 36; 740, n. 6; 750, n. 29.
 33, 8, 6, § 5, p. 745, n. 20.
 33, 8, 7, p. 304; 745, n. 20.
 33, 8, 8, pr., p. 208, n. 14; 222, n. 50; 743, n. 17.
 33, 8, 8, § 7, p. 205, n. 4.
 33, 8, 8, § 8, p. 191, n. 7; 222, n. 48; 254 suiv.; 541, n. 10.
 33, 8, 9, § 1, p. 178, n. 4 et 5; 192, n. 9; 741, n. 9.
 33, 8, 11, p. 194, n. 14; 201, n. 35; 294.
 33, 8, 15, p. 574, n. 2.
 33, 8, 16, pr., p. 178, n. 4; 579; 580, n. 23.
 33, 8, 16, § 1, p. 359, n. 6.
 33, 8, 17, p. 215, n. 34.
 33, 8, 18, p. 216; 219 en note.
 33, 8, 19, § 1, p. 206, n. 8.
 33, 8, 23, pr., p. 206, n. 8; p. 222, n. 49.
 33, 8, 23, § 1, p. 165, n. 44.
 33, 8, 24, p. 205, n. 4.
 33, 8, 25, p. 248, n. 35.
 34, 3, 5, § 2, p. 194, n. 14; 658, n. 15; 664.
 34, 3, 28, § 6, p. 610, n. 63.
 35, 1, 40, § 3, p. 17, n. 7; 153 et suiv.; 611, n. 67; 613, n. 70; 621 et suiv.; 742, n. 10; 745, n. 22.
 35, 1, 44, pr., p. 17, n. 7.
 35, 1, 59, § 2, p. 13, n. 1.
 35, 2, 1, § 7, p. 627, n. 3.
 35, 3, 1, § 12, p. 107, n. 91.
 36, 1, 1, § 18, p. 107, n. 91.
 36, 1, 16 (17), § 2, p. 98, n. 62.
 36, 2, 5, § 7, p. 147, n. 4; 255, n. 56.
 36, 2, 28, p. 85, n. 36.
 36, 3, 5, p. 136, n. 51.
 37, 1, 1, p. 96, n. 60; 98, n. 64; 105, n. 85.
 37, 1, 3, pr., p. 98, n. 64; 105, n. 85 et 86; 138, n. 55.
 37, 6, 2, pr. et § 1, p. 107, n. 91.
 37, 6, 2, § 4, p. 646, n. 48.
 38, 1, 36, p. 62, n. 40.
 38, 5, 1, § 22, p. 683, n. 58.
 38, 8, 7, p. 18, n. 16.
 38, 9, 1, pr., p. 129 en note.
 38, 10, 10, § 5, p. 18, n. 16.
 38, 17, 1, § 4, p. 18, n. 16.
 39, 2, 25, § 1, p. 94, n. 58.
 39, 2, 42, p. 33, n. 55.
 39, 5, 2, pr., p. 496, n. 8.
 39, 5, 7, pr., p. 302, n. 13; 488 en note; 495.
 39, 5, 7, § 1, p. 488 en note; 497, n. 9.
 39, 5, 7, §§ 2 et 3, p. 497, n. 9.
 39, 5, 7, § 4, p. 493, n. 1.
 39, 5, 7, § 5, p. 496, n. 8.
 39, 5, 26, p. 168, n. 50.
 39, 6, 19, p. 303, n. 16.
 39, 6, 25, § 1, p. 493, n. 1.
 40, 1, 4, § 8, p. 576, n. 9.
 40, 1, 6, p. 248, n. 35.
 40, 1, 16, p. 577, n. 17.
 40, 2, 1, § 22, p. 122, n. 28.
 40, 2, 10, p. 577, n. 17.
 40, 2, 18, § 2, p. 577, n. 15.
 40, 2, 22, p. 577, n. 16.
 40, 3, 3, p. 626, n. 1; 631, n. 9.
 40, 7, 3, § 2, p. 150, n. 9 et 10; 151; 158 et suiv.; 248, n. 35; 613, n. 70; 742, n. 11.
 40, 7, 14, pr., p. 63, n. 41 et 43.
 40, 7, 17, p. 401, n. 53.
 40, 9, 15, § 1, p. 577, n. 17.
 40, 9, 30, § 1, p. 577, n. 16.
 40, 11, 2, p. 603 en note.
 40, 12, 25, § 2, p. 551, n. 34.
 40, 17, 107, p. 18, n. 11.
 41, 1, 1, pr., p. 596, n. 18.
 41, 1, 5, § 7, p. 596, n. 19.
 41, 1, 9, § 3, p. 596, n. 18.

- 41, 1, 10, pr., p. 21, n. 27; 22, n. 28; 44, n. 23.
 41, 1, 10, § 2, p. 21, n. 27.
 41, 1, 13, pr., p. 555 en note.
 41, 1, 20, § 2, p. 553, n. 38.
 41, 1, 32, p. 23, n. 32.
 41, 1, 32, § 2, p. 133-134.
 41, 1, 37, § 1, p. 188, n. 3; 248, n. 35; 376, n. 7.
 41, 1, 43, § 2, p. 508, n. 36.
 41, 1, 53, p. 553, n. 38.
 41, 1, 54, § 4, p. 551, n. 34; 569, n. 72.
 41, 1, 61, pr., p. 126, n. 35; 132, n. 45.
 41, 1, 63, pr., p. 21, n. 27.
 41, 2, 1, pr., p. 547, n. 27.
 41, 2, 1, § 1, p. 547, n. 27; 549, n. 30.
 41, 2, 1, § 3, p. 547, n. 27.
 41, 2, 1, § 5, p. 234, n. 4; 256, n. 57; 258, n. 61; 263, n. 72; 285, n. 21; 291, n. 37; 555-556; 558; 564 et suiv.
 41, 2, 1, § 8, p. 553, n. 36.
 41, 2, 1, § 14, p. 551, n. 34.
 41, 2, 1, § 22, p. 122, n. 28; 558 en note; 569, n. 72; 571, n. 74.
 41, 2, 2, p. 569, n. 72.
 41, 2, 3, § 3, p. 547, n. 27; 549, n. 30.
 41, 2, 3, § 12, p. 266, n. 57; 258, n. 22; 543, n. 18; 556; 558; 563 et suiv.
 41, 2, 3, § 13, p. 549, n. 30.
 41, 2, 4, p. 256, n. 57; 557, n. 48.
 41, 2, 12, pr., p. 547, n. 27; 549, n. 30.
 41, 2, 13, pr., p. 555 en note.
 41, 2, 14, pr., p. 504, n. 27; 505, n. 28.
 41, 2, 23, pr., p. 549, n. 30.
 41, 2, 24, p. 19, n. 20; 256, n. 57; 547, n. 27; 549, n. 30; 557, n. 48.
 41, 2, 25, § 1, p. 562, n. 57.
 41, 2, 27, p. 567, n. 66.
 41, 2, 30, § 3, p. 19, n. 20.
 41, 2, 32, § 2, p. 256, n. 57; 566, n. 64.
 41, 2, 34, § 1, p. 554, n. 41.
 41, 2, 34, § 2, p. 559.
 41, 2, 38, § 7, p. 549, n. 30.
 41, 2, 42, § 1, p. 555 en note.
 41, 2, 44, § 1, p. 256, n. 57; 286, n. 24; 556; 558; 564, n. 59.
 41, 2, 49, § 1, p. 19, n. 20; 540, n. 8; 549, n. 30.
 41, 2, 49, § 2, p. 554, n. 41.
 41, 2, 50, § 1, p. 551, n. 34.
 41, 3, 1, pr., p. 98, n. 62.
 41, 3, 4, § 15, p. 138, n. 55.
 41, 3, 5, p. 549, n. 30.
 41, 3, 8, pr., p. 566, n. 64; 569, n. 71 et 72; 571, n. 74.
 41, 3, 15, pr., p. 135 en note; 569, n. 72.
 41, 3, 20, p. 135 en note.
 41, 3, 22, p. 131, n. 40; 132, n. 46.
 41, 3, 28, pr., p. 566, n. 64; 570 en note.
 41, 3, 30, pr., p. 79, n. 11; 80, n. 14; 84, n. 33; 121.
 41, 3, 30, § 2, p. 83.
 41, 3, 31, § 3, p. 559 suiv.; 569, n. 72.
 41, 3, 34, p. 515 suiv.
 41, 3, 40, p. 135 en note.
 41, 3, 41, p. 554, n. 41.
 41, 3, 44, § 3, p. 135 en note; 567; 570 en note.
 41, 3, 44, § 6, p. 567, n. 66.
 41, 3, 45, § 1, p. 134; 566, n. 64; 569, n. 72; 571, n. 74.
 41, 3, 47, p. 254, n. 41; 256, n. 57; 569, n. 69.
 41, 4, 2, § 10, p. 256, n. 57; 257, n. 58; 571, n. 75.
 41, 4, 2, § 11, p. 256, n. 57; 569, n. 70 et 72; 571, n. 75.
 41, 4, 2, § 12, p. 256, n. 57; 570, n. 73; 571, n. 75.

- 41, 4, 2, § 13, p. 256, n. 57; 571, n. 76 et 77.
 41, 4, 7, § 8, p. 569, n. 72.
 41, 4, 7, § 10, p. 571, n. 75.
 41, 4, 7, §§ 11 et 12, p. 571, n. 75.
 41, 5, 2, §§ 1 et 2, p. 547, n. 27.
 42, 4, 7, § 15, p. 194, n. 14; 197, n. 27; 668, n. 42.
 42, 8, 1, pr., p. 683, n. 59.
 42, 8, 6, § 12, p. 683, n. 59.
 42, 8, 7, § 15, p. 194, n. 14; 195, n. 21; 197, n. 27; 668, n. 44.
 42, 8, 12, p. 494 en note; 683, n. 59.
 43, 1, 1, pr., p. 98, n. 62.
 43, 2, 1, § 1, p. 98, n. 62.
 43, 3, 1, § 8, p. 549, n. 30.
 43, 3, 1, § 13, p. 94, n. 58.
 43, 16, 1, § 9, p. 547, n. 27.
 43, 19, 1, § 7, p. 553, n. 38.
 43, 24, 13, § 1, p. 649, n. 59.
 43, 24, 13, § 2, p. 486, n. 4.
 43, 24, 13, § 5, p. 123, n. 31; 127 en note; 129 et 131 en note; 136, n. 50.
 43, 26, 4, § 1, p. 542, n. 13.
 43, 26, 6, § 1, p. 555 en note.
 43, 26, 6, § 2, p. 549, n. 30.
 43, 26, 17, p. 542, n. 13.
 43, 26, 22, p. 542, n. 13.
 44, 1, 6, p. 94, n. 58.
 44, 1, 14, p. 515.
 44, 2, 21, § 1, p. 81, n. 22.
 44, 3, 15, § 3, p. 488 en note; 504, n. 27.
 44, 7, 1, § 1, p. 127 en note.
 44, 7, 5, § 5, p. 692, n. 83.
 44, 7, 9, p. 486, n. 4; 636, n. 14; 639; 641 suiv.
 44, 7, 10, p. 611 en note; 621, n. 87; 748, n. 27.
 44, 7, 13, p. 647, n. 53.
 44, 7, 14, p. 19, n. 22; 608, n. 58; 613; 626, n. 1; 627; 629 suiv.; 653, n. 3.
 44, 7, 29, p. 635, n. 12; 652, n. 1.
 44, 7, 39, p. 46, n. 37; 47, n. 43; 733.
 44, 7, 43, p. 19, n. 22; 613.
 45, 1, 29, pr., p. 221, n. 42.
 45, 1, 38, § 6, p. 22, n. 28.
 45, 1, 38, § 7, p. 540, n. 8; 547, n. 27.
 45, 1, 38, § 8, p. 549, n. 30.
 45, 1, 45, pr., p. 33, n. 55; 43, n. 21.
 45, 1, 62, p. 23, n. 32.
 45, 1, 73, § 1, p. 133.
 45, 1, 86, p. 221, n. 42.
 45, 1, 118, pr., p. 442, n. 81; 444, n. 85; 447.
 45, 3, 1, p. 22, n. 28.
 45, 3, 15, p. 22 en note.
 45, 3, 16, p. 133.
 45, 3, 18, § 2, p. 133.
 45, 3, 22, p. 444, n. 83.
 45, 3, 26, p. 133.
 45, 3, 28, § 4, p. 126 en note; 131, n. 40; 132, n. 46.
 45, 3, 35, p. 126, n. 35; 133.
 45, 3, 40, p. 22 en note.
 46, 1, 10, § 2, p. 508, n. 36.
 46, 1, 11, p. 136, n. 51.
 46, 1, 16, § 3, p. 608 en note; 621; 625, n. 96; 745, n. 19.
 46, 1, 16, § 4, p. 611; 621; 625, n. 96 et 97; 661, n. 22; 745, n. 19 et 21; 748, n. 27.
 46, 1, 19, p. 508, n. 36; 526 et suiv.
 46, 1, 22, p. 16 en note; 126, 127 et 128 en note; 136, n. 51.
 46, 1, 35, p. 663, n. 29; 666, n. 37.
 46, 1, 47, p. 136, n. 51.
 46, 2, 1, § 1, p. 607, n. 56.
 46, 2, 24, p. 132, n. 46.
 46, 2, 34, pr., p. 488 en note; 499, n. 13; 501, n. 16.
 46, 3, 18, p. 631 et suiv.
 46, 3, 19, p. 523 et suiv.
 46, 3, 32, p. 491, n. 11; 495, n. 4; 503 en note; 510; 515, n. 3; 526, n. 1; 626, n. 1; 631, n. 8.

- 46, 3, 35, p. 515, n. 3; 521 et suiv.
46, 3, 44, p. 610, n. 63.
46, 3, 84, p. 486 en note; 529.
46, 3, 94, § 3, p. 490, n. 10; 506;
508, n. 36; 528, n. 24.
46, 3, 96, § 4, p. 610, n. 63.
46, 4, 11, § 2, p. 133.
46, 6, 9, p. 89, n. 45.
46, 8, 22, §§ 9 et 10, p. 645, n. 45
et 47.
47, 2, 3, § 2, p. 27, n. 45.
47, 2, 14, § 10, p. 648, n. 57; 650,
n. 62.
47, 2, 17, pr., p. 178, n. 5; 516, n.
5; 741.
47, 2, 17, § 12, p. 645, n. 42 et 44.
47, 2, 17, § 13, p. 645, n. 43.
47, 2, 21, § 10, p. 713, n. 137.
47, 2, 36, § 1, p. 730-731.
47, 2, 42, pr., p. 686 suiv.
47, 2, 52, § 26, p. 192, n. 8; 499, n.
13; 500, n. 15; 580, n. 22.
47, 2, 57, § 3, p. 516, n. 5.
47, 2, 58, p. 648, n. 57; 650, n. 62.
47, 2, 69 (68), 70 (69), 71 (70), p.
134; 135, n. 47.
47, 4, 1, § 15, p. 130 en note.
47, 5, 1, § 5, p. 687, n. 71.
47, 10, 1, §§ 6 et 7, p. 136, n. 49.
47, 10, 5, § 6, p. 636, n. 13.
47, 10, 5, § 7, p. 636, n. 13; 640,
n. 28.
47, 10, 17, § 2, p. 641, n. 32.
47, 10, 17, § 10, p. 637 suiv.; 641,
n. 32.
47, 10, 17, § 11, p. 642, n. 34.
47, 10, 17, § 13, p. 642, n. 36 et 37;
645, n. 43.
47, 10, 17, § 14, p. 642, n. 36 et 37;
645, n. 45.
47, 10, 17, § 15, p. 642, n. 35; 643,
n. 38.
47, 10, 17, § 17, p. 641, n. 32; 642,
n. 35; 643, n. 38.
47, 10, 17, § 19, p. 640, n. 29.
47, 10, 17, § 20, p. 640.
47, 10, 17, § 22, p. 640; 641, n. 31;
645, n. 45 et 46.
47, 10, 28, p. 646, n. 48.
47, 10, 30, § 1, p. 639, n. 22.
47, 10, 31, p. 639, n. 23.
47, 10, 41, p. 639, n. 21.
47, 19, 6, p. 129 en note; 130 en
note.
47, 22, 1, § 2, p. 118, n. 18.
47, 22, 3, § 2, p. 27, n. 45.
48, 5, 6, § 2, p. 636, n. 13.
48, 5, 38 (37), p. 636, n. 13.
48, 10, 7, p. 18, n. 12.
48, 18, 8 et 9, p. 18, n. 13.
48, 19, 16, § 3, p. 28, n. 46.
48, 19, 17, pr., p. 346, n. 12.
48, 19, 28, § 16 p. 28, n. 46.
48, 20, 7, pr., p. 98, n. 62.
49, 14, 11, p. 107, n. 91.
49, 15, 12, § 2, p. 135 en note; 569,
n. 72.
49, 15, 22, § 3, p. 256, n. 57; 569,
n. 72.
49, 15, 29, p. 256, n. 57; 567 en no-
te; 569, n. 72; 571, n. 74.
49, 16, 11, p. 17, n. 8.
49, 17, 4, § 2, p. 306, n. 20.
49, 17, 15, § 1, p. 44, n. 28.
50, 12, 2, § 1, p. 27, n. 45; 44, n.
22.
50, 15, 4, § 5, p. 575, n. 6.
50, 16, 24, p. 94, n. 59; 139 en
note.
50, 16, 39, § 1, p. 107, n. 91.
50, 16, 49, p. 105, n. 84.
50, 16, 83, p. 105, n. 84.
50, 16, 85, p. 121, n. 26.
50, 16, 108, p. 611.
50, 16, 119, p. 96, n. 60; 98, n. 64;
99, n. 66; 105, n. 84.
50, 16, 178, § 1, p. 99, n. 66.
50, 16, 182, p. 482.
50, 16, 195, § 2, p. 37, n. 9.
50, 16, 208, p. 93; 95-96; 98, n. 62;
105, n. 85.
50, 16, 215, p. 25.

- 50, 17, 22, p. 16 en note; 19, n. 22; 614, n. 73.
50, 17, 32, pr., p. 13, n. 14; 16 en note; 18, n. 14; 603, n. 38; 604, n. 42; 608, n. 58.
50, 17, 58, p. 682.
50, 17, 59, p. 139 en note.
50, 17, 62, p. 94, n. 59; 139 en note.
50, 17, 118, p. 19, n. 20.
50, 17, 123, p. 647, n. 50.
50, 17, 128, § 1, p. 95 en note.
50, 17, 133, p. 23, n. 31.
50, 17, 177, p. 138, n. 55.
50, 17, 193, p. 132, n. 46.
50, 17, 209, p. 13, n. 1.
- Code de Justinien.
2, 3, 26 (1), p. 144 en note.
2, 19 (18), 24, p. 238, n. 14.
2, 25, 1, p. 584, n. 42.
3, 36, 6, p. 144 en note.
3, 38, 11, p. 584, n. 40.
3, 41, 4, pr., p. 701 et suiv.
4, 16, 7, p. 144 en note.
4, 26, 10, p. 506, n. 31.
4, 26, 11, p. 290, n. 1; 622 en note.
- 5, 5, 3, p. 18, n. 17.
7, 2, 3, p. 205, n. 4.
7, 11, 2, p. 574, n. 4; 576, n. 8.
7, 32, 1, p. 553; 554, n. 41; 569, n. 69.
8, 38, 11, p. 584, n. 38.
8, 43, 3, p. 503.
8, 54, 26, p. 558, n. 50; 570 en note.
9, 9, 23-24, p. 18, n. 17.
9, 41, 10, 13, 14 et 15, p. 18, n. 13.
12, 34, 6 et 7, p. 17, n. 8.
- (Pseudo-) Théophile.
Paraphrase.
Ad § 2 In. 2, 14, p. 16 en note.
Ad pr. In. 3, 17, p. 16 en note.
Ad § 7 In. 4, 7, p. 410 en note.
- Scolies.
163 (Cyrille) ad l. 39 (15-1), p. 269, n. 68.
172 (Stéphane) ad l. 42 (15-1), p. 301, n. 10.
- Basiliques.
10, 3, 9, § 4, p. 685, n. 62.
18, 5, 39, p. 269, n. 68.

(1) Lisez : livre 2, titre 3, constitution 26.

ERRATA

- P. 8, ligne 45 de la note 2. — *lbri*. Lisez : *libri*.
- P. 22, ligne 21 de la note 28. — Eisele, Z. S. S. f. R., p. 80.
Lisez : Eisele, Z. S. S. f. R., t. 26 (1906), p. 80.
- P. 25, lignes 1 et 2 de la note 39. — « *Ceterum cum apud cives Romano, duplex sit dominium* ». Lisez : « *Ceterum cum apud cives Romanos, duplex sit dominium* ».
- P. 33, ligne 12. — quand ils nous disent. Lisez : quand ils nous disent.
- P. 38, ligne 3 de la note 12. — Collat, Leg. M. et R. Lisez : Collat. Leg. M. et R.
- P. 50, ligne 13 de la note 1. — de cult. agri.. Lisez : de agri cult.
- P. 56, ligne 4 de la note 19. — *peculi*. Lisez : *peculii*.
- P. 67, ligne 10. — de Jehring. Lisez : de Jhering.
- P. 90, ligne 14 des notes. — selon M. Dessereaux. Lisez : selon M. Desserteaux.
- P. 91, ligne 1 de la note 51. — *nella fonti*. Lisez : *nelle fonti*.
- P. 105, ligne 1 de la note 86. — Javolenus, *lib. 5 en Plautio*).
Lisez : (Javolenus, *lib. 5 ex Plautio*).
- P. 148, ligne 7 de la note 5. — fond dominant. Lisez : fonds dominant.
- P. 160, ligne 7. — se compensent le plein droit. Lisez : se compensent de plein droit.
- P. 202, ligne 28. — aux *subjecti sortis* de puissance. Lisez : aux *subjecti* sortis de puissance.
- P. 204, ligne 4. — patimoine. Lisez : patrimoine.
- P. 207, ligne 2 de la note 13. — *grex auteur*. Lisez : *grex autem*.
- P. 210, ligne 2 de la note 24. — *omancipatus*. Lisez : *emancipatus*.
- P. 212, ligne 1 de la note 28. — (Ulpian, *lib. 2 Disp.*). Lisez : (Ulpian., *lib. 2 Disp.*).
- P. 213, ligne 23 de la note 29. — moyennent. Lisez : moyennant.

- P. 227, ligne 5 de la note 1. — *Setbständiakeit*. Lisez : *Selbstständigkeit*.
- P. 244, ligne 8. — à ses esclaves. Lisez : à son esclave.
- P. 296, lignes 15 et 16 de la note 4. — Sopronius. Lisez : Sempronius.
- P. 306, ligne 2 de la note 20. — *militaè*. Lisez : *militiae*.
- P. 315, ligne 22. — tombé. Lisez : tombée.
- P. 315, note 40. — Balingenesia. Lisez : Palingenesia.
- P. 316, ligne 7 de la note 44. — t. 53. Lisez : t. 23.
- P. 349, ligne 26. — « *Licet mercis appellario*. Lisez : « *Licet mercis appellatio*.
- P. 352, lignes 3 et 4 de la note 8. — (Papyrus Oxynrhynque, n° 2103. Lisez : (Papyrus Oxyrhynque, n° 2103.
- P. 391, ligne 24. — de la nature primordiale. Lisez : de la nature patrimoniale.
- P. 403, ligne 3 de la note 55. — Sompronius. Lisez : Sempronius.
- P. 405, ligne 26. — l'esclave. Lisez : l'esclave.
- P. 448, ligne 14 de la note 88. — autre celle de savior. Lisez : autre celle de savoir.
- P. 581, ligne 9. — *in eadem nave navem damnum dederit*. Lisez : *in eadem nave damnum dederit*.
- P. 607, ligne 3 de la note 56. — *honoriae*. Lisez : *honorariae*.
- P. 607, ligne 4 de la note 56. — *honoriam*. Lisez : *honoraria*.
- P. 620, ligne 10. — puille. Lisez : pupille.
- P. 620, ligne 11. — escave. Lisez : esclave.
- P. 625, note 96. — § 199 a Gaius Com. 3. Lisez : § 119 a Gaius Com. 3.
- P. 649, ligne 16. — suposait. Lisez : supposait.
- P. 664, ligne 5. — en qualité de propriétaire. Lisez : en qualité de propriétaire.
- P. 764, lignes 28 et 29. — ad libres Digestorum I-XX pertinens. Lisez : ad libros Digestorum I-XX pertinens.
- P. 781, ligne 4. — papyrus Oxynrhynque. Lisez : papyrus Oxyrhynque.
- P. 801, ligne 1 première colonne. — Papyrus Oxynrhynque. Lisez : Papyrus Oxyrhynque.
-

ERRATA

- P. 16, lignes 7 et 8 des notes. — V. *infra*, chapitre préliminaire, § 2, numéro 2. Lisez : V. *infra*, p. 116 et suiv.
- P. 16, lignes 14 et 15 des notes. — V. *infra*, chapitre préliminaire, § 2, note 35. Lisez : V. *infra*, p. 126, n. 35.
- P. 16, ligne 14 des notes. — V. *infra*, chapitre préliminaire, § 2, note 35. Lisez : V. *infra*, p. 126, n. 35.
- P. 37, ligne 5 de la note 10. — *confareatio*. Lisez : *confarreatio*.
- P. 38, ligne 3 des notes. — (*sponsalitia*). Lisez : (*sponsalia*).
- P. 38, ligne 6 des notes. — *confareatio*. Lisez : *confarreatio*.
- P. 126, ligne 22 de la note 35. — addition. Lisez : adition.
- P. 132, ligne 14 de la note 46. — le *testamenti factio*. Lisez : la *testamenti factio*.
- P. 136, ligne 14 des notes. — interdit. Lisez : action.
- P. 150, ligne 13 de la note 9. — interpolé. Lisez : interpolée.
- P. 205, ligne 8. — partis. Lisez : parties.
- P. 245 i. f. et 246. — Lisez ainsi le fr. 40, § 1, D. 15-1 (Marcianus lib. 5 *Regularum*) : « *Quomodo autem peculium nascitur, quaesitum est, et ita veteres distinguunt, si id adquisiit servus quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium: si vero tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium, ita igitur nascitur peculium...* »
- P. 251, ligne 1. — concrétisait. Lisez : concrétait.
- P. 279, ligne 7. — bien. Lisez : biens.
- P. 297, ligne 37. — était. Lisez : était.
- P. 334, ligne 22 de la note 77. — *institueret*. Lisez : *insti-tuerat*.
- P. 336, ligne 21. — *causes*. Lisez : *causas*.
- P. 339, ligne 2. — la rétroactivité du l'adrogation. Lisez : la rétroactivité de l'adrogation.
- P. 361, ligne 13. — comptaient. Lisez : compétaient.
- P. 364, ligne 21 de la note 14. — Avant. Lisez : Auparavant.
- P. 369, ligne 9. — précède. Lisez : précédent.
- P. 625, ligne 6. — l'*obligation*. Lisez : l'*obligatio*.
- P. 625, ligne 10. — *conditio*. Lisez : *condictio*.
- P. 625, ligne 11. — d'*obligation*. Lisez : d'*obligatio*.
- P. 700, ligne 2 de la note 105. — noxal. Lisez : noxale.
- P. 701, ligne 17. — *noxale*. Lisez : noxale.



BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

00 00 IMPRIMEURS - ÉDITEURS 00 00

00 42, QUAI GAILLETON, 42 00

00 00 00 00 LYON 00 00 00 00



